

EDUARDO GUILHERME REINER

**MANDADO DE SEGURANÇA COMO PARADIGMA
DAS REFORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**CURITIBA
2006**

EDUARDO GUILHERME REINER

**MANDADO DE SEGURANÇA COMO PARADIGMA
DAS REFORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada como
requisito à conclusão do curso de
Direito do Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal
do Paraná.

Orientador: Profº. Alcides Alberto
Munhoz da Cunha

**CURITIBA
2006**

AGRADECIMENTOS

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho, especialmente minha fiel companheira Patricia das tardes de sábado e domingo.

Agradeço ao Professor e orientador Alcides Alberto Munhoz da Cunha pelo acompanhamento, revisão do estudo e críticas que propiciaram a correta elaboração desse trabalho e um grande aprendizado.

**“Quando tínhamos todas as
respostas, mudaram as perguntas.”**

Sabedoria Popular citada no livro “Em Palavras
Andantes” 1994, do escritor uruguaio Eduardo Galeano
que reproduz uma frase anônima gravada em uma
parede em Quito (Equador).

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	1
2 A INSUFICIÊNCIA HISTÓRICA DE TUTELA URGENTE OU INTERDITAL CONTRA ABUSOS DE AUTORIDADE	3
2.1 O USO EXTENSIVO DO <i>HABEAS CORPUS</i>	3
2.2 O USO EXTENSIVO DOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS	4
2.3 O SURGIMENTO E ACEITAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA	6
2.4 O MANDADO DE SEGURANÇA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL	11
2.5. O MANDADO DE SEGURANÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA	13
2.6. O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PARADIGMA DE TUTELA DIFERENCIADA NA HISTÓRIA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	16
3 O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PARADIGMA DAS REFORMAS PROCESSUAIS	19
3.1 A SUMARIEDADE DE RITO – RITO ESPECIAL: AÇÃO SINCRÉTICA E MANDAMENTALIDADE	20
3.2 A COGNIÇÃO PARCIAL E SUMARIEDADE DA PROVA: O CONCEITO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO	28
3.4 A PREVISÃO DE TUTELA COLETIVA E A INTERPRETAÇÃO HISTORICAMENTE RESTRITIVA	35
3.5 A LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA PASSIVA	42
3.6 AS RESTRIÇÕES AO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA: VISÃO CRÍTICA	49
3.7 A RELEVÂNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA NO ESTÁGIO ATUAL DAS REFORMAS.	52
4 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

RESUMO

Essa monografia tratará do surgimento do mandado de segurança e sua evolução nas diversas constituições, posteriormente será analisada algumas características marcantes do mandado de segurança conforme a importância delas para o atual contexto de mudanças do Direito Processual Civil. Por fim, o mandado de segurança servirá de base para a discussão de alguns dos principais temas das reformas do Código de Processo Civil desses últimos anos e também mostrar a necessidade de maiores mudanças, principalmente quanto o modo de pensar o direito processual civil.

1 INTRODUÇÃO

Analisar o Mandado de Segurança como paradigma das reformas de processo civil traz à tona a preocupação com as tutelas diferenciadas, para fazer frente às diferentes situações de conflito e assim dar autenticidade à jurisdição, cuja autenticidade ela só alcançará na medida em que for efetiva.

O mandado de segurança nasceu com status de uma ação constitucional na Carta de 1934, figurando hoje entre as garantias constitucionais dos cidadãos. Disciplinado atualmente pela Lei 1.533, de 1951, o mandado de segurança mantém uma estrutura diferenciada e afinada à funcionalidade de realizar uma tutela célere e eficaz contra atos abusivos de autoridades.

O mandado de segurança é tipicamente brasileiro, guardando semelhanças com o procedimento do *habeas corpus*, mas destinado a tutelar as liberdades públicas civis, direitos fundamentais, contra o próprio poder público.

O Brasil, seguindo o movimento instrumentalista do processo desencadeado nas últimas décadas, busca, à semelhança de outros países, remédios processuais mais eficazes para fazer frente aos conflitos surgidos em uma sociedade de massas, num mundo globalizado, em que esses se tornam cada vez mais frequentes e complexos, necessitando de uma resposta célere e efetiva. A população reivindica uma justiça mais próxima, mais democrática, rápida, eficaz e adequada às diferentes categorias de conflitos.

O mandado de segurança foi e continua sendo uma ação revolucionária, paradigmática, dentro do cenário jurídico brasileiro. Ele já trazia, desde sua criação, técnicas diferenciadas de tutela.

Após as transformações que vem sofrendo o processo civil brasileiro na última década, pode-se perceber que a ação do mandado de segurança já trazia em si as novidades que agora tendem a se generalizar. As perplexidades dos juristas com os novos instrumentos não se evidenciavam com o manejo do mandado de segurança.

O movimento processual reformista desencadeado principalmente a partir de 1994 (e que ainda esta longe de acabar), propõe-se a romper com o modelo clássico da tutela ordinarizada, que transparecia como uma tutela

destinada às elites econômicas, que podiam se contentar com um padrão de tutela caracterizada pela neutralidade (não imparcialidade) do juiz e, ainda caracterizada pela demora e pela natureza ressarcitória dos provimentos judiciais, que basicamente se prestavam a resolver conflitos patrimoniais.

O novo modelo constitucional prioriza os direitos fundamentais e sociais, bem como os interesses transindividuais (coletivos ou difusos), inspirando a legislação infraconstitucional a garantir os direitos dos consumidores, ao meio ambiente saudável, bem como o direito da inclusão social. Nesse contexto é necessário romper com o individualismo liberal; romper com o excesso de garantias formais; buscar alternativas ao processo ordinarizado que prima pela pureza conceitual e certeza, mas que acaba por excluir grande parcela da população do acesso ao judiciário.

Pode-se dizer que o mandado de segurança é o precursor do modelo instrumentalista do processo. As novidades que vem sendo implantadas na legislação processual correspondem a antigas novidades se comparadas às técnicas já adotadas pelo mandado de segurança, como a ação sincrética, que combina *notio e imperium* no mesmo procedimento, notadamente através das sentenças mandamentais ou executivas *lato sensu*; incoação de liminares cautelares ou antecipatórias no curso do procedimento; previsão de prova pré-constituída da verossimilhança das alegações (sob o conceito processual de direito líquido e certo); coisa julgada *secundum eventum probationis*; técnicas de legitimação extraordinária; a perspectiva de tutela meta-individual.

Sob este enfoque, isto é, analisando as técnicas do mandado de segurança, pretende-se analisar os novos instrumentos que o legislador reformista vem trazendo até mesmo para o procedimento ordinário do processo civil brasileiro, avaliando ainda as perspectivas de se potencializar as técnicas do próprio mandado de segurança.

2 A INSUFICIÊNCIA HISTÓRICA DE TUTELA URGENTE OU INTERDITAL CONTRA ABUSOS DE AUTORIDADE

Em nosso ordenamento jurídico, até o advento da constituição de 1934, não havia o procedimento bastante rápido e eficaz que garantisse a imediata proteção dos direitos do indivíduo contra poder do Estado.

2.1 O USO EXTENSIVO DO *HABEAS CORPUS*

O *habeas corpus*, instituto criado pelos ingleses, não era consagrado na Carta de 1824 e somente passou a ser consagrado no texto de 1891 que trazia no art. 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”.

Instituto tipicamente criminal, destinava-se o *habeas corpus* a proteger, preventivamente ou repressivamente, o direito de locomoção. Verificando que direitos civis eram flagrantemente ameaçados, ou feridos pela ordem pública, faltava um remédio constitucional para protegê-los eficaz e prontamente

Dessa Forma nasceu a chamada Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*, aplicando o glorioso instituto britânico também na defesa dos direitos individuais civis, segundo ROCHA (1984, P. 27):

Aproveitaram-se os advogados, legitimamente, para a construção de um instrumento que defendesse o particular contra a administração, tendo encontrado por parte dos juízes brasileiros, liderados em especial por Pedro Lessa, a necessária compreensão, de que ante a omissão do legislador, imprescindível era a adaptação do *habeas corpus* à defesa de tais direitos.

Assim, do final do século XIX e começo do século XX, os juristas brasileiros utilizaram largamente o *habeas corpus*, criativamente adaptado frente à omissão do legislador. Desvirtuando uma ação caracteristicamente criminal para proteção de direitos civis. Constatado isso o legislador constitucional, em 1926, adentrou uma reforma constitucional para acabar com esse *habeas corpus* “civil”. A emenda de 1926 deu o seguinte texto ao art. 72, § 22: “dar-se-á o

hábeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em eminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”.

Tal medida do constituinte derivado, ao aplicar uma moldura penal ao *habeas corpus*, recolocou na sua função original e precípua, que é a proteção da liberdade física de ir, de vir ou de permanecer, isso deixou sem proteção constitucional os direitos individuais contra atos ilegais da administração.

Quanto à utilização ampliada do *habeas corpus* para proteção do indivíduo frente ao Estado temos a ilustre colaboração de BARBI (1966, p. 37):

Ao lado da frustrada tentativa da utilização das ações possessórias, surgiu lentamente a solução que, após demorada luta, atendeu aos reclamos dos interessados: foi a ampliação do campo de incidência do *habeas corpus*, de modo a torná-lo um meio de proteção do indivíduo na eterna batalha contra os atos ilegais do Poder Público. Criou-se a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus* pela qual aquele *writ* era adequado também à garantia de direitos individuais violados pela Administração, ainda quando não se tratasse dos direitos de liberdade, de locomoção e etc. A reforma constitucional de 1926 veio, porém, procurar restringir o campo de atuação do *habeas corpus*, confinando-o nos limites de sua estruturação clássica.

2.2 O USO EXTENSIVO DOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS

Ainda antes de consolidada a doutrina brasileira do *habeas corpus*, o grandioso e combativo Rui Barbosa defendia a utilização dos procedimentos possessórios de tramitação relativamente rápida, entendendo que havia a existência da posse de direitos pessoais.

Em um caso que discutia a proteção de direitos pessoais, em 1906, Ruy Barbosa deu o seguinte parecer: "considerando, como considero, por motivos até hoje não refutados, extensiva aos direitos pessoais à proteção possessória, o primeiro remédio legal, a meu ver, para o caso figurado, seria a ação de manutenção" (BARBOSA, 1959, p. 19-20).

Em outra ocasião o mestre Ruy Barbosa defende a sua tese:

Não obstante a sua imaterialidade, pois, isto é, o seu caráter de simples direito, contraposto ao de realidades corpóreas, esses bens são objeto de posse. E, desde que o são, vêm a entrar, pela definição do art. 585, na categoria de coisas.

Não é, logo, de juriconsultos a inferência que liga à palavra coisas, no texto da Ordenação, o pensamento exclusivo de objetos corpóreos. Ao menos os juriconsultos portugueses nunca lhe enxergaram este intuito. A opinião geral deles foi sempre que o espírito manifesto do texto era proteger, não só o gozo legítimo da propriedade real, senão os direitos privados ou públicos, inerentes à pessoa.

Em seu livro histórico BARBI (1966, p. 36) relata essa tentativa de Ruy Barbosa:

...A tentativa de utilização dos procedimentos possessórios, de curso mais expedito e conducentes à execução específica do julgado, em vez de forma reparatória. E, como premissa necessária a essa utilização pregou Rui Barbosa a existência da posse de direitos pessoais. Mas a resistência a essa concepção ampla do conceito de posse foi grande, e não se pode dizer que o mestre tenha obtido êxito em sua doutrinação.¹

GOMES (2004, p. 37-38) traz em sua obra contribuição importante para esclarecimento da posse de direito pessoais :

A posse de direitos é claramente explicada pela doutrina objetiva, chegando-se ao ponto de admitir que se estende aos *direitos pessoais*.² A tese da extensão da posse a todos os direitos pessoais teve em Rui Barbosa o seu grande advogado. Muito antes de ser promulgado o Código, defendeu-a, com erudição, desenvolvendo impressionante argumentação. Difícil sintetizá-lo. São pontos capitais desse exaustivo trabalho:

1) a demonstração de que, sob a influência do direito canônico e tirando da doutrina de Ihering as últimas conseqüências lógicas, a posse há de ser estendida como a aparência do exercício de um direito, seja qual for o gênero deste;

2) a comprovação de que esse alargamento do conceito de posse fora admitido, desde o século XVI, pelos escritores portugueses, penetrando, em conseqüência, no Direito brasileiro, principalmente através da jurisprudência, já que inúmeros arestos consagram a defesa de direitos pessoais mediante os interditos possessórios. Apoiados nessa lição, alguns tratadistas sustentaram que o Código Civil acolhera a doutrina da posse dos direitos pessoais, interpretando o texto legal à luz de seu elemento histórico, do qual extraem elementos interessantes para a sustentação da tese.

Não obstante, a maioria conservou-se fiel à orientação romanista. O próprio autor do Projeto de Código Civil, cheio de vacilações na matéria, pode ser incluído entre os que não aceitam a posse dos direitos pessoais. Outros contestam-na firmemente. Os tribunais, apesar de não terem adotado uma orientação segura, inclinam-se pela negativa, preponderando os julgados que não concedem defesa possessória para os *direitos pessoais*. (RA) O autor está a se referir, por óbvio ao Código Civil de 1916; hoje a matéria tomou o caminho prenunciado por Orlando Gomes, afastando-se da seara da tutela de direitos pessoais (RA).

¹ Contra a posse de direitos pessoais: RIBAS, *Consolidação das Leis do Processo Civil*, art. 756 – Da posse e das ações possessórias, páginas 274-275, São Paulo, 1901; LAFAYETTE, *Direito das Coisas*, vol. I, página 75, Nota 147, Rio, 1943; BEVILÁQUA, *Código Civil*, vol. III, Com. Ao art. 485; PAULO RODRIGUES TEIXEIRA, *A posse e os interditos possessórios*, págs. 54 e segs., Rio, 1923. Ac. Sup. Trib. Federal em 13-5-1893, 14-12-1895, 24-4-1901, 21-6-1902 e 20-4-1903 – *Apud* PAULO RODRIGUES TEIXEIRA ob. cit., pág. 56. A favor da posse dos direitos pessoais, além de RUI BARBOSA, vejam-se: EDMUNDO LINS, *Estudos Jurídicos*, págs. 321 e segs., Rio, 1935; VICENTE RAO, *Posse de Direitos Pessoais*, págs. 38 e segs.

² BARBOSA, R. **Posse dos Direitos Pessoais**; RÁO, V. **Posse de Direitos Pessoais**.

A utilização dos interditos possessórios caiu em desuso, sendo substituída pelo uso do *habeas corpus*. Após a Reforma Constitucional de 1926, que restringiu este instituto ao uso exclusivamente penal, a teoria defendida por Rui Barbosa voltou a ser utilizada até o advento da Constituição de 1934. Essa utilização é louvável e compreensível frente à falta de um remédio eficaz para proteger rapidamente os direitos civis ante os abusos estatais.

Esse emprego não procedeu mais após a Constituição de 1934, que previu de forma inovadora o heróico instituto do mandado de segurança para a defesa dos direitos individuais. Ademais o emprego dos interditos possessórios não condizia com o art. 485 do Código Civil de 1916: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”.

2.3 O SURGIMENTO E ACEITAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Após as tentativas de adaptação do *habeas corpus* e dos interditos possessórios na defesa dos direitos individuais frente aos abusos do Estado, sendo essas tentativas falhas, surge, a partir da Constituição de 1934, o inovador e genuíno instituto brasileiro: o mandado de segurança.

Embora, reconhecidamente um instituto tipicamente brasileiro, alguns autores citam a influência do “amparo” mexicano no mandado de segurança. Previsto inicialmente na Constituição de 1857 e repetida na de 1917, que consagraram os direitos individuais e o “amparo” serviria para assegurá-los. Sobre essa suposta influência temos o depoimento de BARBI (2001, p.15):

Nos primeiros ensaios de criação de um instituto capaz de proteger o indivíduo contra os atos do Poder Público, foi sempre mencionado entre nós o “amparo” mexicano, como digno de ser imitado. Apesar de, após a criação do mandado de segurança ter havido pouco aproveitamento da lição do direito daquele país, é grande a importância do seu estudo, porque a experiência de mais de um século de aplicação daquele remédio judicial pode ministrar aos nossos juristas noções de grande utilidade.

FIUZA (1990, p.54) faz um útil resumo das diferenças entre o remédio mexicano e o brasileiro:

Podemos concluir dizendo que o remédio mexicano e o brasileiro se assemelham, como instrumentos de tutela constitucional e legal, podendo ser impetrados contra qualquer autoridade. Diferenciam-se em dois aspectos marcantes: a) o amparo pode ser interposto contra entidade privada, como foi visto acima, e o mandado de segurança não (a não ser que tal entidade seja delegada pelo Poder público); b) o amparo pode ser intentado em processo autônomo e em recurso, enquanto o nosso mandado de segurança é sempre uma ação autônoma e independente.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 estabelecia no seu art. 113, n. 33: “Dar-se-á mandado de segurança para a 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 petitórias competentes.”

BARBI (1966, p. 38) a respeito do tramite que culminou na criação do mandado de segurança na Constituição de 1934:

Na elaboração dessa Constituição, João Mangabeira sugeriu à Comissão elaborada do Anteprojeto Constitucional a criação de um processo sumaríssimo, para proteção de direito incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo. Se julgasse procedente o pedido, o juiz expediria um “mandado de segurança”, proibindo à Administração a prática do ato, ou determinando o restabelecimento da situação anterior. Esse mandado seria provisório, pois só vigoraria até que o Poder Judiciário resolvesse definitivamente a questão. Depois de apresentadas várias emendas por Temístocles Cavalcanti, Carlos Maximiliano e outros, foi afinal aprovada a criação do mandado de segurança, que constou do art. 113, n.º 33, da Constituição de 1934, como remédio adequado à defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou lesado por ato manifestamente ilegal ou inconstitucional de qualquer autoridade. Especificou ainda o texto que o processo seria o mesmo do *habeas corpus*, ouvida sempre a pessoa de direito público interessada. O uso da medida não prejudicaria as ações “petitórias” competentes.

O ilustre jurista MACIEL (1987, p. 81) faz brilhante menção ao nascimento do mandado de segurança e de sua maestria, e que por isso deve servir de exemplo para outros ordenamentos jurídicos:

Nasceu, pois, esse instrumento processual-constitucional maravilhoso, o *mandado de segurança*, que, dia a dia, está sendo aperfeiçoado no cadinho forense. Já foi objeto de estudo por parte de autores estrangeiros, como Marcelo Caetano, Niceto Alcalá-

Zamora y Castillo e Héctor Fix-Zamudio. Podemos, com orgulho, dizer que é instituto digno de ser exportado para outros povos.

O mandado de segurança foi regulamentado pela lei n.º 191 de 1936, que estabeleceu os procedimentos quanto à impetração, à tramitação e ao julgamento, limitando seu campo de atuação.

O texto que criou o mandado de segurança possuía defeitos, mas estes se tornam ínfimos perante as vantagens que o remédio representou à proteção das garantias legais e constitucionais do indivíduo. A lei n.º 191 de 1936 além de regulamentar o processo do mandado de segurança, também exclui de sua competência a liberdade de locomoção, questão puramente política e o ato disciplinar. Era vedado também o seu uso quando fosse passível de recurso administrativo, não importando a caução, fiança ou depósito (BARBI, 1966, p. 38-39).

Com o Estado Novo de Getúlio Vargas foi outorgado a Carta Constitucional de 1937 que aboliu o mandado de segurança da categoria de remédio constitucional, passando esse ser somente um instrumento legal, uma vez que continuava em vigor a lei n. 191. Típico de um Estado ditatorial, no mesmo ano da Constituição, foi estabelecido um Decreto-Lei que restringiu o instituto, proibindo a sua impetração contra atos do Presidente da República, de Ministros de Estado, de Governadores e interventores estaduais.

O Código de Processo Civil de 1939 manteve os princípios que vigoravam até o momento e restringiu mais o campo de atuação do mandado de segurança, impedindo seu uso em assuntos referentes a impostos e taxas, salvo quando a lei estabelecesse providências restritivas da atividade profissional do contribuinte para assegurar a cobrança (BARBI, 1966, p. 38).

Restaurada a democracia no país, o mandado de segurança voltou a figurar no rol dos remédios constitucionais, a Constituição de 1946, trazia em seu artigo 141, § 24: “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.”

Segundo FIUZA (1990, p. 58):

Elevando novamente o instituto ao *status* constitucional o texto de 1946 trouxe outras palavras em sua conceituação, abolindo a expressão de 1934, “ato manifestamente inconstitucional ou ilegal”; separando nitidamente os campos criminal e civil, com a expressão “não amparado por *habeas corpus*”; acrescentando a expressão “abuso de poder”; e substituindo os adjetivos “certo e incontestável”, referentes ao direito ameaçado, por “líquido e certo”, locução que, embora “nem muito certa nem líquida”, acabou conquistando o gosto jurídico e até mesmo popular, sendo repetida nos demais documentos constitucionais brasileiros até o presente.

Em 31 de dezembro de 1951, a lei nº. 1533 regulamentou inteiramente o assunto, revogando de forma expressa os artigos do Código de Processo Civil relativos à espécie.

Em 1967 no dia 24 de janeiro foi outorgada pelo Congresso Nacional ao povo brasileiro a Constituição, que estabeleceu em seu art. 150, § 21: “Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

Destaca-se desse texto legal uma novidade, que foi a expressão “individual”, qualificando o direito líquido e certo.

Afirma BARBI (2001, p. 34): “talvez o legislador constituinte quisesse fazer uma restrição, mas essa expressão [individual] acabou sendo considerada como não tendo alterado em nada o problema em relação ao direito anterior. Não houve modificações.”

Na Emenda Constitucional n.º.1 de 17 de outubro de 1969 a palavra “individual” foi suprimida. É certo que com ou sem a palavra “individual” o remédio podia ser impetrado individualmente ou em conjunto, por pessoas jurídicas de direito público ou privado, excetuando associações de classe, sindicatos e outras entidades coletivas representando seus filiados (FIUZA, 1990, p.60).

Conclui-se que no mandado de segurança, como em qualquer outra ação não pode haver substituição processual, sem lei a autorizando. As associações só poderiam defender direito próprio através deste instituto, não havendo a

possibilidade de fazê-lo em nome de seus associados. Em regra só o titular do direito tem legitimação para reclamá-lo em Juízo e este era o entendimento quanto ao procedimento destinado a proteger direito subjetivo individual líquido e certo, sendo legitimado para requerê-lo apenas o titular desse direito (BARBI, 1990, p.60).

Passado os terríveis “Anos de Chumbo”, os ares de democracia voltaram ao Brasil e uma nova assembléia constituinte foi escolhida através de eleições pelo povo, promulgando em 5 de outubro de 1988 a chamada “Constituição Cidadã”, que no art. 5º, em seus incisos LXIX e LXX prevê:

LXIX - conceder-se-á Mandado de Segurança 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;

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;

Segundo BARBI (1990, p. 68):

O item LXIX, apesar de ter redação diferente da que consta na Constituição anterior, não trouxe modificação no conteúdo. Mas o item LXX, ao ampliar a legitimação, ao usar a expressão “mandado de segurança coletivo”, e ao se referir a “interesses de membros e associados”, traz inovações importantíssimas e ricas de conseqüências, cuja extensão somente a prática do dia-a-dia permitirá avaliar.

Com o texto atual da Constituição nasce o verdadeiro mandado de segurança coletivo. A alínea b do inc. LXX permite que, organizações sindicais, entidades de classe e associações representativas possam impetrar o mandado de segurança coletivo defendendo interesse, de todos ou apenas de um, dos seus filiados ou associados que tiverem o seu direito líquido e certo ferido por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do poder estatal. O novo texto traz uma didática explicação de quem é considerada a “autoridade coatora”: é o responsável pelo ato ilegal ou abuso de poder, podendo ser além da autoridade pública, pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Quanto ao aspecto histórico do mandado de segurança SIDOU (2002, p. 153):

Tem-se, pois, que e, pouco mais de sessenta anos, desde quando implantado em 1934, abstraídos os períodos ominosos de 1937 a 1945 (Estado novo) e de 1964 a 1985 (Revolução de 31 de março), o mandado de segurança foi aplicado, sob regime de liberdade, em apenas trinta e cinco anos, até hoje.

Como quer que seja e apesar desses hiatos resultantes de nossa democracia intermitente, o instituto destinado a ser, no Brasil, o coroamento de verdadeiro Estado de Direito, conseguiu revestir-se de características tão próprias que a Constituição democrática por último elaborada não precisou acrescentar nada em seu clássico enunciado.

PACHECO (2002, p. 126) traz uma ótima síntese da evolução histórica do instituto e como tudo isso confluiu para sua formação:

Após longo período de formação e maturação, exprime atualmente a síntese de várias tendências que se esboçam, no País, nesse século, entre as quais: a) a da consolidação do direito público, como regulador dos Poderes do Estado, submetendo-o ao seu próprio direito e sujeitando-o ao controle de seus atos; b) a da defesa dos direitos pessoais, uma vez que a posse das coisas e direitos reais tinham os tradicionais e rápidos interditos possessórios; c) a de ultrapassar o formalismo do procedimento ordinário, no processo judicial, a fim de obter solução rápida e urgente, impedindo o ato violador ou tornando-o insubsistente, antes que se consumasse ou aumentasse o prejuízo.

2.4 O MANDADO DE SEGURANÇA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Como visto no tópico anterior, a Constituição de 1988 prevê em seu art. 5.º, nos incisos LXIX e LXX o mandado de segurança, e ampliou o campo de incidência de tal instituto. No inciso LXIX tornou expressa a possibilidade do remédio quando o ato coator advier de pessoa jurídica privada, no exercício e atribuições do Poder Público. Já no inciso LXX tornou possível a legitimidade ativa coletiva.

FERRAZ (1992, p. 17) comenta a essas inovações:

Esses novos meios, vistos na perspectiva da evolução histórica do *writ*, estão a demonstrar, com clareza, que também ao constituinte acudiu a certeza de que se impõe, na aviventação dos limites do mandado de segurança, assenta-los em leito cada dia mais amplo, por se tratar de remédio de excelso alcance, para a afirmação dinâmica da existência de um efetivo Estado de Direito, sob o comando da idéia básica do *rule of the law*.

O mandado de segurança não só é um remédio judicial que visa garantir a realização da observância do direito líquido e certo, ameaçado ou lesado por ato (comissivo ou omissivo) de autoridade pública, eivado de ilegalidade ou abuso de poder. Para além disso, o mandado de segurança é umas das garantias constitucionais fundamentais, previsto no art. 5.º da nossa Carta Magna, o qual constitui o arcabouço básico dos direitos individuais, coletivos e difusos. Instrumento das liberdades fundamentais, deve ser visto sempre de forma ampla e liberal em que não de ser mínimos os empecilhos e impedimentos à sua utilização; na dúvida deve preponderar o entendimento que se inclina em seu favor (FERRAZ, 1992, p. 16).

O mandado de segurança é, ao lado do *habeas corpus*, a garantia das garantias. Não pode haver Estado Democrático de Direito sem garantias efetivas, com instrumentos de impedir lesão de direito ou, até, a mera ameaça.

GUIMARÃES (1978, p.14), em sua brilhante obra, reporta-se às finalidades precípuas da garantia mandamental como protetora dos cidadãos e limitador do poder publico:

Sob esses auspícios, pode e deve o mandado de segurança, na sua alta e generosa destinação constitucional, que o categoriza com instrumento rápido e eficaz de garantia jurídica e justiça democrática, servir às suas altas finalidades, para resguardo dos direitos dos cidadãos e aperfeiçoamento das práticas administrativas por parte de todos os agentes do Poder Publico.

Quanto à estrutura constitucional do mandado de segurança previsto no inciso LXIX do art. 5.º, temos o ensinamento esclarecedor de SIDOU (2002, p 139):

O artigo constitucional em que se engasta o mandão de segurança, 5.º, LXIX – 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 exercícos de atribuições do Poder Público - permite proceder a um desmembramento para compor um esquema de mais nítida percepção. Observam-se no enunciado:

- A) Pressupostos subjetivos –
 - i) *afirmativo*: dever de prestação do Estado, decorrente de norma fundamental ou legal.
 - ii) *negativo*: lesão traduzida por ação ou omissão.
- B) Pressuposto material – ato de autoridade pública.
- C) Pressupostos conseqüentes –

i') situação resultante de $i + ii =$ ilegalidade ou abuso de poder.

ii') situação resultante de $A + B =$ ofensa a direito líquido e certo.

D) Pressuposto excludente – inadequação dos “*habeas*”.

Decorrentemente, no esquema, é a situação de *ii'* menos (-) *D* que autoriza a expedição do mandado de segurança.

Já quanto ao inciso LXX do art 5.º SIDOU (2002, p. 152) afirma a respeito da criação do mandado de segurança coletivo:

“A carta política de 1988 ornou o mandado de segurança de um apêndice, criando para um substituto um item autônomo no art. 5º, quando, em apreço à técnica legislativa, devia ser um parágrafo, tal como proposto no anteprojeto da Comissão de sistematização. E nomeou-o ‘mandado de segurança coletivo’.”

2.5. O MANDADO DE SEGURANÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA

O Estado não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados. Para manter o império da ordem jurídica e assegurar a paz social o Estado toma para si o monopólio da jurisdição. A jurisdição não é apenas poder, mas também dever de jurisdição. Obrigando, então, o Estado a solver adequadamente os conflitos de interesses que, inevitavelmente, brotam da convivência humana.

Dessa forma, reconhece-se que o acesso à jurisdição deve figurar entre os direitos fundamentais do cidadão, servindo-lhe, inclusive, de proteção contra os abusos do próprio Estado. No Brasil, a atual previsão normativa do direito ao acesso à jurisdição está no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O mero recebimento da demanda não quer dizer que o exercício do direito de acesso à jurisdição, constitucionalmente assegurado, tenha sido pleno. É necessário outros requisitos, tal como explica ROCHA (1989, p.6):

“O direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se encadeiam e se completam, a saber, a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a

eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdicional”.

Mais adiante:

“Não basta, contudo, que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição para que se tenha por certo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta a exame. Para tanto, é necessário que a jurisdição seja prestada – como os demais serviços públicos – com a presteza que a situação impõe”.

É salutar, a respeito, o magistério de DINAMARCO (1995, p.28) que, sob o enfoque constitucional, analisa as garantias e princípios voltados à tutela do processo:

Ao definir e explicitar muito claramente garantias e princípios voltados à tutela constitucional do processo, a nova Constituição tornou crítica a necessidade não só de realizar um processo capaz de produzir resultados efetivos na vida das pessoas (efetividade da tutela jurisdicional), como também de fazê-lo logo (tempestividade) e mediante soluções aceitáveis segundo o direito posto e a consciência comum da nação (Justiça). Efetividade, tempestividade e justiça são os predicados essenciais sem os quais não é politicamente legítimo o sistema processual de um país (Kazu Watanabe).

A tutela jurisdicional deve ser prestada com a rapidez que a situação concreta exigir (tempestivamente, portanto). Não sendo assim, restará frustrada a busca da jurisdição prestada pelo Estado, que, conquanto tenha proibido aos particulares a autodefesa (defesa direta, sem recurso ao Poder Estatal), não conseguiu entregar-lhes, em contrapartida, a eficaz tutela do conflito de interesses.

Vale transcrever a lição de CINTRA; GRINOVER; DINARMARCO (2001, p. 45): “É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disto, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado”.

No campo da efetividade da tutela jurisdicional tem, em nosso sistema, o mandado de segurança relevante destaque, possuindo um regime privilegiado em contraste com a generalidade dos remédios jurisdicionais. No texto constitucional esse instituto tem condição de garantia fundamental e busca a proteção de valores

fundamentais, o que justifica e impõe que receba tratamento diferenciado, seja do legislador infraconstitucional, seja do intérprete (TALAMINI, 2001(a), p. 233).

No mandado de segurança são empregados meio mais efetivos de tutela visando, sobretudo, a celeridade. Dentre eles podemos destacar o caráter preventivo da medida, a concessão de tutela antecipada, a força mandamental e executiva de que estão investidas suas liminares e sentenças, os prazos exíguos, simplificação de procedimentos, dentre outros. Também o mandado de segurança prevê facilidades de acesso ao judiciário ex: “a possibilidade de que terceiro reflexamente prejudicado pela conduta coatora assuma, dentro de certas condições, a oposição de substituto processual do titular de direito – Lei n.º.533/51, art. 3.º” (TALAMINI, 2001(a), p. 233).

Sobre o acesso ao judiciário THEODORO (2003, p. 38) explana:

Também a Constituição de 1988 contribuiu para o incremento das ações coletivas, fora do âmbito exclusivo dos interesses difusos e transindividuais. Assim é que assegurou, entre os direitos fundamentais, a legitimação das associações e sindicatos de classe para promover a defesa, em juízo, dos direitos e interesses dos respectivos associados (art. 5º, XXI, e art. 8º, III). Criou-se, outrossim, o *mandado de segurança coletivo*, atribuído a partidos políticos, organizações sindicais e associações ou entidades de classe, e utilizável como remédio processual de defesa coletiva dos membros ou associados, segundo um mecanismo de substituição processual. Sem dúvida, a Constituição, com essas previsões de demandas coletivas valorizou e simplificou a tutela jurisdicional, na medida em que ampliou o âmbito de eficácia subjetivas das decisões judiciais, ao mesmo tempo em que produziu considerável economia processual nos conflitos individuais lesados de forma semelhante, dentro de grupos maiores de pessoas³.

Por muito tempo, houve receio de enquadrar o mandado de segurança na teoria geral do processo civil. TALAMINI (2001(a), p. 234) detalha e explica o porquê desse receio:

Eis porque por muito tempo notou-se certa resistência em qualificar o mandado de segurança como “ação” – preferindo-se classificá-lo como uma garantia jurisdicional *generis*. Por trás dessa postura estava o não de todo infundado temor de que o enquadramento do mandado de segurança na teoria geral do processo civil viesse a banalizar e enfraquecer a medida. Eis também porque KAZUO WATANABE, em postura que parece mais acertada, embora reconhecendo no mandado de segurança a

³ ZAVASCKI, T. A. **Reforma do Sistema Processual Civil Brasileiro e Reclassificação da Tutela Jurisdicional** in Revista de Processo, vol. 88, p. 175.

natureza de ação, preocupou-se em afirmá-lo como uma “ação de eficácia potenciada”.⁴

Desde a edição da Lei do Mandado de Segurança em 1951 o regime geral do processo civil sofreu significativas modificações e, “em determinados pontos passou a conter regras que atendem aos fins da efetividade da tutela e de acesso à justiça de modo mais completo do que a disciplina específica do mandado de segurança” diz TALAMINI, (2001(a), p. 234):

Diante dessa constatação, duas diretrizes têm de ser observadas para que o mandado de segurança mantenha a condição de instrumento favorecido da tutela, que a Constituição exige. Primeiro, todas as regras do sistema geral que não desnaturem as características essenciais do mandado de segurança e lhe confirmem maior eficácia e alcance devem lhe ser aplicadas subsidiariamente. Além disso, cumpre adotar para cada aspecto de sua disciplina a interpretação que, na medida do possível, lhe atribua mais força do que a detida pelos meios gerais de tutela.

Contudo, TALAMINI (2001(a), p. 237) faz a devida ressalva quanto a aplicabilidade ao mandado de segurança das regras do Código de Processo Civil:

Com isso, não se quer afirmar a pura e simples aplicabilidade ao mandado de segurança de todas as regras do Código. Não incide, obviamente, nenhum dos dispositivos que sejam incompatíveis com a essência constitucional do mandado de segurança: instrumento célere, de cognição sumária e “eficácia potenciada”. Por exemplo, não se pode pretender a aplicação das normas do Código acerca da produção de provas orais ou periciais, em face da exigência de prova preconstituída apta a caracterizar o “direito líquido e certo”.

2.6. O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PARADIGMA DE TUTELA DIFERENCIADA NA HISTÓRIA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O mandado de segurança nasceu disciplinado pelo procedimento da *habeas corpus*. Posteriormente teve abrigo, como um dos processos especiais constantes do Livro IV do Código de Processo Civil de 1939 (que introduziu o unitarismo no direito processual pátrio). O disciplinamento por esse Código

⁴ WATANABE, K. *Controle Jurisdicional (Princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional nos sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980, p. 99.

vigorou até a promulgação da Lei n.º 1533, de 13/12/1951, a qual, embora desfigurada por diversas emendas, as principais delas constantes na Lei n.º 4348, de 1964, permanece em vigor em seus dispositivos essenciais. “Com a edição do Código de Processo Civil de 1973, vigente, novos pontos do ordenamento do mandado de segurança foram alterados, uma vez que a lei específica faz remissões expressas a dispositivos do Código e este, por mandamento genérico (art. 1.211 e, interpretação extensiva, art. 1.217), é sempre chamado a subsidiá-la nos princípios comuns a toas as ações” (SIDOU, 2002, p. 156).

A Lei n.º 1533/51 foi recepcionada pela Constituição de 1988 e está em pleno vigor. PACHECO (2002, p. 147) afirma: “É a lei que ainda está em vigor, apesar de desfigurada por várias outras posteriores. Em sua feição original, é a mais válida forma de procedimento judicial rápido que já se fez em nosso País, e que deveria servir de exemplo para todo o processo civil”.

Previu a Lei do Mandado de Segurança procedimentos e institutos inovadores e pioneiros ao ordenamento jurídico regido pelo código de 1939. Muitos foram incorporados pelo Código de Processo civil de 1973 e suas posteriores reformas. Tal como:

- A simplificação e facilidade de acesso ao judiciário, buscando efetividade: “Art. 4º - Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos desta Lei, impetrar o mandato de segurança por telegrama ou radiograma, ao juiz competente, que poderá determinar seja feita pela mesma forma a notificação à autoridade coatora”.

- O caráter preventivo da medida: “Artigo 1º - Conceder-se-á mandato de segurança (...) alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade,...”

- Sumariedade e liminar, buscando novamente efetividade: “Art.7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: I - que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-se-lhe a segunda via apresentada pelo requerente com as cópias dos documentos a fim de que, no prazo de 10 dias, preste as informações que achar necessárias; II - que se suspenda o ato que deu motivo se o pedido

quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.”

Essas e outras características do mandado de segurança serão analisadas posteriormente com maior profundidade.

O mandado de segurança é uma ação, contudo não é uma ação comum, e possui características especiais, pois nasce em berço constitucional sendo um direito e uma garantia fundamental. A respeito disso FERRAZ (1992, p. 23):

O mandado de segurança é uma ação. Como tal, insere-se na teoria das ações, dela haurindo suas coordenadas fundamentais. Doutra parte, contudo, não é uma ação comum: desfruta ela de berço constitucional, encartada entre as garantias fundamentais e direitos individuais e meta-individuais. Esse nascimento nobre determina a compreensão do instrumento processual com nobreza, amplitude e generosidade sem destruição, todavia, da técnica jurídica, de índole processual, que embasa o direito de ação.

Exatamente por força das linhas supra-expostas, tira-se primeira e fundamental constatação: trata-se de uma ação que visa a proteger um bem de vida em jogo, lesado ou ameaçado. Não se satisfaz ela com reparações subsidiárias ou recomposições pecuniárias. Nela se busca a restauração *in concreto* ou a salvaguarda da integridade do bem de vida a tutelar. Por isso, ao juiz, em caso de dúvida, impõe-se optar sempre pelo entendimento que prestigie e assegure a utilização do *writ* e sua utilidade.

O mandado de segurança é a ação civil de rito sumário especial, serve para proteger direito subjetivo individual ou coletivo, corrigindo ou impedindo o ato de ilegalidade da autoridade coatora, feito através de notificação judicial. Como é uma ação civil, o mandado de segurança carrega o conceito de causa, utilizado para fins de fixação de foro e juízo competentes para seu julgamento quando a interessada for a União, produzindo todos os efeitos próprios dos feitos contenciosos. Diferencia-se das demais ações devido a especificidade de seu objeto, pela sumariedade de seu procedimento e porque apenas subsidiariamente aceita as regras do Código de Processo Civil. O objetivo do remédio é precipuamente a invalidação de atos de autoridade ou a supressão de efeitos provenientes de omissões administrativas que lesam direito individual ou coletivo, líquido e certo. Independente da origem ou natureza do ato impugnado (administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral, trabalhista, etc.) o mandado de segurança será sempre processado e julgado como ação civil, no juízo competente (MEIRELLES, 1989, p. 7-8).

O mandado de segurança é importante parâmetro das inovações processuais no direito brasileiro, os operadores de direito sempre mostraram grande criatividade no objetivo de ultrapassar obstáculos e suprir lacunas de tutela. Pode-se observar muitas vezes na história do direito brasileiro a tentativa de alargar os institutos de tutelas já instituídas. TALAMINI (2001(b), p. 124) demonstra isso:

A relevância histórica e comparativa de construções como a “teoria brasileira da *habeas corpus*” e a “teoria da posse dos direitos pessoais”, para os fins do presente texto, não está apenas na criatividade demonstrada pelos operadores do direito na busca suprir lacunas de tutela. Interessa, sobretudo, a tentativa de *estender* o campo de abrangências das *tutelas já instituídas*.

Os remédios já existiam. Já se reconhecia ao juiz o poder necessário. Faltava apenas a sua adequada extensão a todas as situações [sic] carentes de tutela. Buscava-se, portanto, uma inovação *quantitativa* – e não *qualitativa*. O juiz civil já expedia ordens; já detinha poderes para a consecução da tutela específica – ainda que não em âmbito geral.

3 O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PARADIGMA DAS REFORMAS PROCESSUAIS

O processo civil brasileiro frente às imensas mudanças socioeconômicas ocorridas nas últimas décadas, se mostrou ineficaz na resolução das novas necessidades.

O modelo clássico adotado pelo legislador de 1973 tem forte depuração conceitual e técnica, sendo extremamente bem redigido e é inclusive objeto de estudo em diversos países como referencial de preciosismo tecnicista lógico. Contudo, foi um código para declarar direitos, fundado em uma ideologia individualista e patrimonialista, dirige-se para a elite que pode arcar com os custos da demora em nome da certeza.

Ocorre que se observa uma ida das massas para dentro da justiça civil, fenômeno ligado às mudanças ocorridas na sociedade brasileira. Nesse contexto, a doutrina dogmática, que valoriza as formas e a busca absoluta da certeza, mostra-se insuficiente para atender as novas demandas, visto que a demora e ineficácia prejudica muito mais o hipossuficiente.

Dessa forma, mesmo que tardiamente, o legislador sensibilizado com a necessidade da sumarização, celeridade, e efetividade a tutela jurisdicional, vem paulatinamente promovendo reformas no Código de Processo Civil buscando conciliar o devido processo legal e a instrumentalidade do processo. Nesse aspecto pode contar com o mandado de segurança como um referencial importante que deu certo dentro do nosso ordenamento jurídico. Em notável estudo de BELNIAKI et al. (96/97, p.81) essa é a mesma constatação feita:

Na medida em que avançam as reformas do processo civil mais se percebe a posição de vanguarda que o mandado de segurança ocupou no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que suas técnicas ou características, antes excepcionais, absolutamente restritas, vão se expandindo para informar outros tipos de procedimentos. Hoje, quando se consolida a posição de associar o princípio constitucional do devido processo legal ao da máxima instrumentalidade do processo, as técnicas do mandado de segurança servem de referencial seguro.

TALAMINI (2001(a), p. 237) também observa aposição de vanguarda do mandado de segurança, quando da reforma de 1994 do CPC se modificou o art. 461: “O regime específico do mandado de segurança já contempla boa parte das eficácias e mecanismos também previstos no art. 461: (I) força mandamental e executiva *lato sensu*; (II) máxima preferência pelo resultado específico; (III) cabimento de antecipação da tutela.”.

3.1 A SUMARIEDADE DE RITO – RITO ESPECIAL: AÇÃO SINCRÉTICA E MANDAMENTALIDADE

A doutrina clássica adota a classificação tripartida ou trinária das sentenças e das ações de conhecimento. Tradicionalmente são classificadas em: meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias. TALAMINI (2001(b), p. 187) traz essa classificação de forma concisa:

- a) as sentenças declaratórias, que se limitam a afirmar a existência, inexistência ou “modo de ser” de uma relação jurídica ou, excepcionalmente, de um fato. A tutela se dá pela automática eliminação de incerteza jurídica entre as partes;
- b) as sentenças constitutivas, que só possuem o conteúdo declaratório como também atuam um direito potestativo. Tais sentenças, por si sós, sem qualquer atividade de efetivação posterior, constituem nova situação jurídica. A transformação na esfera dos

jurisdicionados, também nesse caso, se dá independentemente de qualquer providência material;

c) as sentenças condenatórias, que declaram a existência do direito a uma prestação e autorizam o desenvolvimento de atividades práticas para satisfazer tal direito (“aplicam a sanção” – na concepção de Liebman, adiante mencionada). O verbo “condenar”, que constitui o núcleo do provimento – diferentemente de “declarar”, “revogar”, “constituir” – não exaure em si mesmo a sua função. Condena-se a *alguma coisa* – algo que deve ser feito *depois* da sentença⁵. Nisso reside o que se poderia chamar de *insuficiência da tutela condenatória*.

A sentença condenatória constitui título executivo que remete a posterior processo executivo, portanto busca a execução através de outra ação. Isso nos mostra um caráter de insuficiência e ineficácia desse tipo de tutela. Quanto ao assunto TALAMINI (2001(b), p. 189-190) exhibe interessante reflexão:

Na concepção tradicional, em síntese, condenatória é a sentença que constitui título executivo; que autoriza a execução (através de medidas sub-rogatórias); que instaura estado jurídico de submissão à máquina estatal executiva – a ser desempenhada em processo subsequente. O caráter meramente endoprocessual dessa definição não trai um defeito em sua formulação. Antes, reflete precisamente a própria insuficiência desse tipo de tutela (mediata, mera etapa) – de que se falava acima. Tal insuficiência – frise-se – não está tanto na necessidade de atos materiais posteriores para a concretização da tutela. Afinal, isso é aspecto ineliminável dos provimentos de “repercussão física”. A incompletude da proteção gerada pela sentença condenatória, em sua conformação tradicional, reside na existência de que aqueles atos materiais ocorram em *outro processo* – e fiquem adstritos à tipicidade dos meios desse outro processo. Vale dizer: o processo condenatório é *insuficiente* porque se encerra sem a produção do resultado prático almejado pela parte – remetendo-a ao posterior processo executivo. Quando, por não caber medidas sub-rogatórias, a afirmação do comando não se fizesse acompanhar da sujeição à coação independentemente da vontade do destinatário do comando (prestação de natureza infungível), não haveria condenação, no entender da doutrina ora examinada. Nessa hipótese, a sentença – mesmo se no dispositivo aludisse a “condenar” – apenas declararia a “ordem de prestar”, que, a rigor já existiria no direito material.

Quanto à classificação das sentenças THEODORO JÚNIOR (2003, p. 470) discorda da classificação quinária, em sua lição acomoda as sentenças mandamentais e executiva *lato sensu* dentro do gênero sentenças condenatórias. Embora tal posição seja destoante do foco desse trabalho, deve-se observá-la:

Há quem advogue a existência, também, de sentenças *executivas* e *mandamentais*, que seriam diferentes das condenatórias porque não preparariam a execução futura a ser realizada em outra relação processual, mas importariam comandos a serem cumpridos dentro do mesmo processo em que a sentença foi proferida, dispensando, dessa maneira a *actio, iudicati* (v.g. ações possessórias, de despejo, mandado de segurança, etc.). Nas mandamentais, outrossim, o desrespeito à ordem judicial, além das medidas

⁵ CALAMANDREI. *La condanna*, n. 1, p. 179.

executivas usuais, acarretaria responsabilidade penal para a parte que não cumprisse voluntariamente. Essas peculiaridades, a meu ver, não são suficientes para criar sentenças essencialmente diversas, no plano processual, das três categorias clássicas. Tanto as que se dizem executivas, como as mandamentais realizam a essência das condenatórias, isto é, declaram a situação jurídica dos litigantes e ordenam uma prestação de uma parte em favor da outra. A forma de realizar processualmente essa prestação, isto é, de executá-la, é que diverge. A diferença reside, pois, na execução e respectivo procedimento. Sendo assim, não uma razão para atribuir uma natureza diferente a tais sentenças. O procedimento em que a sentença se profere é que foge dos padrões comuns. Esse, sim, deve ser arrolado entre os especiais, pelo fato de permitir que numa só relação processual se reúnam os atos do processo de conhecimento e os do processo de execução. O procedimento é que merece a classificação de executivo *lato sensu* ou mandamental.

A classificação das ações se faz pelo efeito principal do julgado, mas as sentenças nunca se limitam a tais provimentos. Isso posto, ao analisar a natureza da sentença em mandado de segurança, podemos verificar todas as naturezas nesse instituto, contudo o caráter mandamental se sobressai. A respeito, FERRAZ (1992, p. 128-129):

Controverte-se intensamente, em sede doutrinária, quanto à natureza da sentença em mandado de segurança. Não nos parece, entretanto, o tema inçado de dificuldades insuperáveis. Tampouco divisamos a utilidade prática da própria controvérsia. Em rigor, cabem todas as naturezas que a teoria agasalhada, tudo na dependência do próprio conteúdo do pedido. O equívoco está em destacar, isoladamente, o problema da sentença, eis que esta não poderá apartar-se do próprio objeto da ação.

Assim, a sentença poderá ser condenatória (como se depreende, p. ex., do art. 5.º da Lei 4.348, de 26.6.64), constitutiva (na maior parte das vezes) e mesmo executória (v.g., § 3.º do art. 1.º da Lei 5.021 de 9.6.66). Em todos esses casos, ela ainda será, em maior ou menor grau (mas nunca com exclusividade, à vista da própria dicção da previsão constitucional), declaratória. Cumpre ponderar que não se trata de uma carga declaratória aberta, de cunho normativo, invocável como regra regedora para situações administrativas análogas: a força declaratória dirige-se unicamente ao ato coator já praticado, atingindo, no máximo outros idênticos, já em vias de consumação. Nesses limites, a segurança poderá ter, a um só tempo, feição corretiva e preventiva. Mas, em face de uma praxe administrativa coercitiva, que se pratica em periodicidade previsível, se o interessado quiser afastar, de uma vez, a renovação de constrições, caber-lhe-á usar outros instrumentos jurídicos (cautelares, ação de inconstitucionalidade, etc.), que não o mandado de segurança.

Acima de tudo, porém, a sentença, no *writ*, é mandamental.

O caráter mandamental dessa sentença traduz-se em que ela contém uma determinação inescusável à autoridade competente para a prática do ditame judicialmente posto. É a cominação, em si, que há de ser cumprida, não se admitindo qualquer via subsidiária reparatória ou satisfativa.

Em seu estudo, a respeito das eficácias contidas na liminar e na sentença do mandado de segurança, TALAMINI (2001(a), p. 235-236) lembra que o mesmo provimento pode apresentar uma pluralidade de eficácias, sendo

classificada de acordo com aquela que prevalece. Quanto às eficácias contidas no mandado de segurança, o ilustre jurista apresenta:

A sentença da procedência do mandado de segurança veicula as seguintes eficácias:

(a) declaratória: reconhece, em cognição exauriente, o direito do impetrante. Lembre-se que, presente prova préconstituída acerca dos fatos relevantes para a causa – e, portanto, sendo processualmente admissível o mandado de segurança –, a cognição nele desenvolvida será profunda e sem qualquer limitação quanto às matérias examináveis;

(b) constitutiva (negativa ou desconstitutiva), quando vier a anular ou tornar ineficazes atos de procedimentos estatais em curso;

(c) condenatória. Conformar a Súmula 271 do Supremo e o art. 1º da Lei n.º 5.021/66, o mandado de segurança não pode ser utilizado como instrumento de cobrança de dívidas pecuniárias pretéritas (já vencidas quando da sua interposição), as quais haverão de ser pleiteadas em medida própria. Porém, para as parcelas vencidas entre a impetração e a concessão de segurança (em liminar ou sentença) a sentença de procedência funcionará como título executivo judicial, autorizando a propositura de subseqüente processo de execução (Lei n.º 5.021/66, art. 1º, § 3º; RTJ 54/764, 62/813, 65/567, 75/163, 135/264...). Já para as parcelas vencidas depois da concessão (liminar ou final) da segurança – ou seja, aquelas que deixaram de ser pagas *em descumprimento à ordem do juiz* – vigora plenamente a foca mandamental do provimento, de que se trata a seguir;

(d) mandamental: eis a eficácia prevalente no mandado de segurança. O juiz *ordena* à autoridade coatora a adoção de determinada conduta. O descumprimento caracterizará afronta ao comando estatal (...);

(e) executiva (*lato sensu*). Vale aqui o que se disse a respeito da liminar. A qualidade de “ação de eficácia potenciada” do mandado de segurança não permite que para o sucesso da tutela todas as fichas sejam apostadas na imposição da ordem. Sempre que possível a proteção do direito da parte independente da colaboração da autoridade coatora, além do encaminhamento da ordem a esta, buscar-se-á a tutela através dos meios sub-rogatórios (e, sempre, sem prejuízo da responsabilização da autoridade que insistiu em descumprir a ordem). As medidas de sub-rogação da conduta da autoridade serão adotadas dentro do próprio processo do mandado de segurança.

A natureza da decisão no mandado de segurança segundo MEIRELLES (1989, p. 66-67) é principalmente mandamental, a execução da sentença que concede a segurança é imediata, mediante o cumprimento da providência determinada pelo juiz sem a possibilidade de ser substituída pela reparação pecuniária. O não cumprimento pode ter repercussões penais previsto pelo art. 330 do Código Penal. Havendo danos materiais, busca-se diversa ação direta e autônoma, salvo a exceção contida na Lei 5021/66, concernente a vencimentos e vantagens pecuniárias de servidores públicos:

A decisão – liminar ou definitiva – é expressada no mandado para que o coator cesse a ilegalidade. Esse mandado judicial é transmitido pro ofício ao impetrado, valendo como *ordem legal* para o imediato cumprimento do que nele se determina, e, ao mesmo tempo, marca o momento a partir do qual o impetrante, beneficiário da segurança, passa a auferir todas as vantagens decorrentes do *writ*. Se o ato ordenado judicialmente depende de tramitação e formalidade administrativas para sua perfeição, devesse iniciar-se imediatamente o seu processamento regular, sob pena de considerar-se desatendida a ordem, salvo nos *mandados inexecutáveis*, (...) caso em que o impetrado devesse oficiar ao juiz, explicando a situação.

O não atendimento do mandado judicial caracteriza o *crime de desobediência à ordem legal* (Código Penal, art. 330), e por ele responde o impetrado renitente, sujeitando-se até mesmo à prisão em flagrante, dada a natureza permanente do delito.

A mandamentalidade a sentença, instituindo uma ação sincrética mais rápida e efetiva, consoante às novas necessidades da sociedade já era prevista no mandado de segurança desde a década de cinquenta. Funcionando como base para a reforma de 1994 do Código de Processo Civil, modificando o art. 461, ao estender essa sistemática para todo o processo civil, transcreve-se FRANCO (2002, p. 365) sobre essa importante reforma:

As disposições do art. 461 do CPC têm grande importância. Fazem elas com que o poder do juiz no processo, mormente na execução dos julgados e de obrigações de fazer e não fazer, aumente em enorme medida, ao possibilitar a utilização de qualquer meio – legalmente permitido, obedecidos os princípios da finalidade e proporcionalidade – para impor ao executado o cumprimento da obrigação, ou entregar o resultado prático equivalente.

E mais adiante, FRANCO (2002, p. 366):

Essa sanção [impor ao executado o cumprimento da obrigação, ou entregar o resultado prático equivalente] existe nos sistema desde que entrou em vigor a Lei 8.952, de 13.12.1994, que introduziu o § 5.º ao art. 461 do CPC. É uma sanção processual, que pode ser imposta, independentemente da aplicação de multa, por ato atentatório ao exercício da jurisdição àqueles que deixam de cumprir “com exatidão os provimentos mandamentais” ou criam “embaraços à efetivação de provimentos jurisdicionais, de natureza antecipatória ou final.”

Os trechos entre aspas, bem como a possibilidade de imposição de multa, estão expressos nas modificações trazidas ao art. 14 do CPC pela recentíssima Lei 10.358, de 27.12.2001, que entrou em vigor no final de março desse ano, e são ilustrativos da existência, no sistema, da sanção aqui descrita e, além disso, da possibilidade de responsabilização pessoal do responsável pelo descumprimento da determinação judicial, ainda que a demanda tenha sido dirigida em face da Fazenda Pública (não apenas, portanto, em mandado de segurança).

A respeito das modificações trazidas pelo novo art. 461 do CPC como forma de extensão dos institutos já previsto no mandado de segurança, BELNIAKI et al. (96/97, p.85) dizem:

Pois bem, esta reforma peculiar de execução dos julgados, que caracteriza a mandamentalidade, foi igualmente introduzida no procedimento comum, em virtude das alterações promovidas no art. 461, por força da Lei 8952/94.

Com efeito, o atual art. 461 do CPC, enfatizando o cumprimento da obrigação específica de obrigação de fazer ou não fazer, em consonância com a ideologia do Código do Consumidor (e diversamente do regime anterior que parecia favorecer a conversão da obrigação específica em obrigação genérica de perdas e danos), autoriza a prolação de sentenças mandamentais ou executivas em caso de procedência (art. 461 *caput* e § 5º).

Aliás, como tem anotado o Prof. Alcidez Munhoz da Cunha⁶, o art. 461 do Código de Processo civil encerra a síntese da ideologia reformista, a ponto de conferir ao autor, nas ações para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, um procedimento similar ao do mandado de segurança, com a possibilidade de liminar antecipatória e sentença mandamental ou executiva, cujo cumprimento dispensa a propositura de uma ação de execução.

O art. 461. A , acrescido pela Lei nº. 10.358, de 27.12.2001, estendeu o caráter sincrético dos processos relativos às obrigações de fazer e não fazer, às obrigações de entrega de coisa, observado por WAMBIER; WAMBIER; MEDINA (2005, p. 239-240)

O juiz foi munido de poderes para criar condições, dentro do processo, para que ao réu pareça mais vantajoso cumprir a obrigação *in natura* do que se submeter às sanções decorrentes de sua omissão. Evita-se, assim, a rápida (quase que imediata) conversão da obrigação de entrega da coisa em *perdas e danos*, que era a regra, para privilegiar o cumprimento da obrigação tal como foi pactuada, afastando-se, assim, o dogma no sentido de que a vontade do devedor (resistente ao cumprimento de suas obrigações, na forma como assumidas originalmente!) seria intangível, princípio sete que se consubstancia na herança de uma época de individualismo exacerbado, e que consta do Código Civil napoleônico, como regra expressa.

(...)

O que fez o art. 461-A, na verdade, foi transformar a ação para entrega de coisa em ação executiva lato sensu (art. 461-A, § 2º). Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á, diz a lei, mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse.”

MARINONI (2001, p.64) já trazia em sua obra a previsão desse novo dispositivo: “Há um projeto de reforma do Código de Processo Civil que propõe o alargamento do uso da ordem sob pena de multa e das medidas de execução

⁶ CUNHA, Alcides A. Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1990.

previstas no art. 461 do CPC (...), visando a dar maior efetividade aos pedidos de entrega de coisa.”

A lei nº. 11.323, de 22 de dezembro de 2005, que entrou em vigor em maio de 2006, modificou substancialmente o Código de Processo Civil de 1973. Propõe que a sentença que condena ao pagamento de soma em dinheiro posse ser executada independentemente da propositura de uma execução, a qual é necessária pela atual sistemática do código. Essa é mais uma medida que contribui para a busca da efetividade o processo, após tempo hábil se poderão verificar suas conseqüências práticas.

Um dos pioneiros quanto ao tema da efetividade no processo, MARINONI (2001, p.64), já trazia a previsão da dispensa de ação de execução nas sentenças condenatória de pagamento pecuniário:

O grande problema diz respeito à sentença condenatória de pagamento de soma em dinheiro, que frequentemente não é observada pela parte condenada, sendo necessária a propositura de ação de execução, *que exige mais gastos e tempo para a efetivação do direito*. O ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça ATHOS GUSMÃO CARNEIRO recentemente apresentou proposta de alteração do Código de Processo Civil, objetivando, nos casos de sentença condenatória ao pagamento de soma, dispensar a propositura da ação de execução e dar maior efetividade à execução forçada.

Acrescentou a nova lei, por exemplo, a nova redação ao art. 475-I:

Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

§ 1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

§ 2º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

Modificou-se, dessa forma, o conceito de sentença previsto no art. 162 do CPC:

"Art. 162, §1º - Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.”

A nova redação traz:

"Art. 162, § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei."

"Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:"

"Art. 269. Haverá resolução de mérito:"

Essa nova disposição é congruente com o novo espírito do código processual, e já preconizado por diversos doutrinadores (dentre, o professor Alcides Alberto Munhoz da Cunha).

Buscando também maior efetividade do processo o legislador, também acrescentou o art. 475J, que prevê multa de dez por cento do montante da condenação, no caso de o devedor condenado não pagar quantia certa, em quinze dias:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte.

Analisando o art. 475J do CPC, pode-se criticá-lo pela limitação no percentual de dez por cento do valor da condenação. Preferível seria a adoção ilimitada da multa com base no artigo 461 do CPC.

Esse influxo reformista do CPC é importante para superação do processo vinculado aos princípios do Estado Liberal Clássico, fundada na autonomia da vontade nas relações jurídicas e, portanto, limita-se o juiz a declarar, não podendo intervir na esfera particular. Essa estrutura já esta há muito superada,

cabendo ao processo acompanhar as idéias do Estado contemporâneo MARINONI (2001, p. 48).

Todas essas modificações que agora desfrutamos no Processo Civil, já eram em grande parte previstas pelo mandado de segurança, mostrando o quanto avançado era e é esse instituto. Sendo muito mais efetivo que o procedimento ordinário, nesse ponto MARINONI (2001, p. 57) é bastante esclarecedor:

Trata-se de um procedimento bem mais efetivo do que o velho procedimento comum, já que tem expressa previsão de liminar e de sentença que não só pode ordenar sob pena de coerção, como também pode ser efetivada na pendência do recurso (arts. 7º e 12, Lei nº. 1.533/51 – Lei do Mandado de Segurança). Na verdade, a liminar, a sentença ou acórdão podem ordenar algo, que evidentemente deve ser cumprido, sob pena de descumprimento de ordem judicial e, conseqüentemente, prisão.

3.2 A COGNIÇÃO PARCIAL E SUMARIEDADE DA PROVA: O CONCEITO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

O conceito de direito líquido e certo corresponde a uma técnica de sumarização dos procedimentos. Deve-se partir da conceituação do que vem a ser “direito líquido e certo”, sempre se pressupõe a existência de prova pré-constituída, que dispensa instrução probatória, alicerçado em uma base de fatos incontrovertidos.

O conceito do direito líquido e certo ainda não possui um consenso tanto na jurisprudência, quanto na doutrina. Tal fato é de extrema importância, visto que, por exigência constitucional, o direito líquido e certo é uma condição da ação do mandado de segurança (entende-se essa “condição de ação” como sendo um requisito inafastável para a obtenção de uma sentença favorável). Não basta a simples existência do direito, este deve ser líquido e certo também (FERRAZ, 1992, p.18).

Quando se fala de direito líquido e certo, na realidade o que é incontrovertido são os fatos, e não o direito subjetivo, que por mais complicado que sejam as questões jurídicas, é cabível o mandado de segurança.

Para além do dito direito líquido e certo ser uma condição da ação, a sentença que o negue ou afirme, trata-se de uma verdadeira decisão de mérito. FERRAZ faz observações mais densas sobre o assunto (1992, p. 24-25):

Cumpra ressaltar que o direito líquido e certo é uma condição da ação criada no patamar constitucional, o que, inclusive, nos dispensa de digressões quanto ao maior ou menor acerto da expressão. E aqui, o Texto Maior, ao mesmo tempo em que só se enseja o *writ* se de plano verificável a existência dessa condição, também só se concede, afinal, a segurança se o direito líquido e certo, a início tido por plausível, por último se constatar efetivamente existente. É dizer, no mandado de segurança, o direito líquido e certo é, a um só tempo, condição da ação e seu fim último (na primeira face, como juízo provisório, na segunda, como objetivo da tutela jurisdicional). Assim, a sentença que negue ou afirme o direito líquido e certo realiza o próprio fim da ação; trata-se de uma decisão de mérito, que exaure o campo da indagação, próprio do mandado de segurança. Frise-se, cuida-se de condição da ação não-ortodoxa, amalgamada com a própria finalidade da ação, condição não-afinada (integralmente) aos cânones da lei processual. Por tudo isso, a sentença que nega a existência do direito líquido e certo é verdadeira decisão de mérito, e não apenas, declaratória de inexistência de uma condição de ação. Deve ela, por consequência, concluir pela denegação do *writ*, e não pela extinção do processo sem julgamento do mérito. Em suma, inaplicável à espécie o teor da Súmula 304 do STF (ao contrário do que equivocadamente decidido pelo TRT da 10ª Região no MS 76/90, *DJU* 19.12.90, p. 31.136). Em verdade, há apenas uma hipótese de carência da ação de segurança: é o caso em que o *fato* alegado se mostra *de plano* não provado. Fora daí a ausência do direito líquido e certo será sempre objeto de decisão do mérito.

(...)

É nesse sentido, correta a decisão relatada pelo eminente magistrado e jurista Adhemar Maciel (MAS 90.01.05146-4, *DJU* 6.8.90, p. 16.636): “O direito líquido e certo nada tem, em si, com o direito subjetivo. Diz respeito única e exclusivamente à prova documental. Por mais complicadas que sejam as questões jurídicas, a solução do conflito de interesses pode ser alcançada através do mandado de segurança. Os fatos – esses, sim – é que não podem ser controversos e duvidosos”.

A expressão “direito líquido e certo” assume importância no que diz respeito à constituição da prova do mandado de segurança. Não de forma polêmica, haja vista a admissão de apenas provas documentais no *writ*. Mas como princípio geral, essa prova deve ser préconstituída, produzida junto à inicial, não se admitindo anexar novos documentos no curso do processo FERRAZ (1992, p.27).

Como regra, a prova documental deve ser trazida com a inicial, mas existem exceções quando, por exemplo, é necessária a requisição do juiz à Administração Pública. FERRAZ fala dessas exceções (1992, p. 27-28):

Ademais isso, porém a segurança deve ser admitida mesmo quando o impetrante não pode acostar à peça inicial, de plano, documentos que comprovem os fatos alegados, sobre os quais se assenta seu direito subjetivo. Isso se dá nas situações em que o estabelecimento dos fatos é apurado mediante requisição, pelo juiz, a pedido da parte ou não, de documentos e peças existentes em repartições administrativas.

(...)

Ora, por força do parágrafo único do art. 6.º da Lei 1.533, é perfeitamente possível ao interessado impetrar segurança sem dispor, de plano dos documentos atestatórios dos fatos que alega. Em circunstâncias que tais, ainda que sem ser positivado, sequer, um começo de prova, com a inicial, deve o mandado ser admitido.

Mas, além desses casos, em que, afinal, à própria Administração cabe trazer a prova documental ao processo (o que só pode ocorrer, é evidente, após o inicial), hipóteses haverá em que o próprio impetrante será admitido a produzir a prova documental após a peça vestibular. Tal acontece p. ex., se a) a autoridade coatora oculta ou deforma a verdade em suas informações, o que, mesmo sem dilação probatória, abre margem à contraprova; trata-se de aplicação da regra constitucional do contraditório e da ampla defesa, configurando inconstitucionalidade qualquer restrição ao exercício dessas garantias constitucionais, insculpidas no art. 5.º da Lei Maior; b) impetração, em razão de urgência, é realizada por telegrama ou radiograma (art. 4.º da Lei 1.533), o que, materialmente, torna impossível a concomitância entre petição inicial e documentação de apoio.

Encerrando qualquer dúvida que se possa suscitar, BARBI (2001, p. 53) deixa evidente em sua obra que certo é o fato e não o direito em que está baseada a segurança, afinal a norma sempre é certa e a ninguém é lícito a desconhecê-la:

Suprimido assim mais um elemento da discussão, resta sozinha a expressão “direito certo”, para ser definida. E, a nosso ver, ninguém lhe deu melhor demonstração do que Costa Manso, no trecho citado no n.º 72. Daí a conclusão que, desde que sejam incontestáveis os fatos, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada que se apresente. E, se concluir que a regra jurídica, incidindo sobre aqueles fatos, configura um direito da parte, haverá “direito líquido e certo”.

Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente *processual*, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo *no processo*: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, *no processo*. E isso normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos.

Ainda a respeito desse tema LEAL (2002, p.749) demonstra uma argumentação rebuscada:

A mobilidade de uma instrumentalidade do processo, tão festejada pela doutrina brasileira, que põe a jurisdição a serviço de uma paz social e da solução de conflitos por uma hermenêutica do “prudente arbítrio” do juiz, num mistifório conciliador da lógica de Savigny com a fenomenologia intuitiva (salvadora da anomia) de Husserl, além de espancar a cognição pela *ratio* do princípio da reserva legal, desmonta o discurso constitucional brasileiro em seu eixo de legitimidade paradigmática instituidor do *Estado Democrático de Direito*.

É que ainda não se percebeu que a *liquidez e certeza* do direito, em *mandado de segurança*, nas democracias constitucionalizadas, são aferíveis pelos juízos normativo-principiológicos de concreção liminar e sumária dos direitos fundamentais de dignidade econômica assegurada pelo texto constitucional. O *non liquet* é conceito oposto à *liquidez* desses direitos. Daí a *liquidez* (normatividade fundamental econômica) e *certeza* (infungibilidade) do direito alegado não estão no *cognitio*

solipsista do julgador ou na exata determinação do objeto mediato do pedido, mas no vínculo provimental aos direitos fundamentais econômicos da programaticidade constitucional.

A Lei 9.079 de 1995 introduziu em nosso ordenamento a ação monitória, modificando o art. 1.102 do CPC: “Art. 1.102a. A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. Art. 1.102b. estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.”

O conceito de direito líquido e certo do mandado de segurança pode ser um importante paradigma para avaliar essa introdução no ordenamento processual brasileiro. A ação monitória prevê procedimento sumário documental, devendo ser a prova documental pré-constituída, assim como já ocorre no mandado de segurança. A respeito disso o estudo de BELNIAKI et al. (96/97, p. 83) é brilhante:

Sob essa perspectiva, o conceito de direito líquido e certo corresponde a uma técnica de sumarização dos procedimentos, podendo servir de referencial para se avaliar a recente introdução no ordenamento processual brasileiro da chamada ação monitória (art. 1.102 do CPC). Esta, a despeito da inspiração nos procedimentos injuncionais ou monitórios do direito italiano, materializa-se através do procedimento sumário documental que pressupõe, tal como se dá com o mandado de segurança já amplamente conhecido na cultura brasileira, a decisão de mérito proferida com base em prova documental pré-constituída, sem previsão de uma fase instrutória.

A jurisdição desempenha uma função instrumental perante o direito material e, portanto, visa a um objetivo maior que é ser um instrumento a serviço da paz social. Fala-se em instrumentalidade do processo e nesse diapasão deve ser efetiva, a tutela monitória é um grande passo a busca da efetividade do processo, a respeito dessa constatação, TALAMINI (2001 (c), p. 26):

Se efetivamente aplicada, a tutela monitória poderá ser de grande valia ao objetivo permanente de “efetividade do processo” – não só pela celeridade que tende a gerar como também pela potencialidade de abranger conflitos que estavam fadados a permanecer irresolvidos. Mas a inovação só será adequadamente aplicada se bem compreendida – o que evidencia a indissociabilidade entre preocupação com os

resultados políticos e sociais do processo, domínio técnico-prático e desenvolvimento dogmático. Antes de se excluírem, são perspectivas que reciprocamente se exigem.

No procedimento monitorio brasileiro há análise de mérito, e por isso o art. 1.102a traz referência à “prova escrita”, como requisito da monitoria. Nesse aspecto, a definição anterior de “direito líquido e certo” é importante para se chegar a uma avaliação correta da prova.

Em primeiro lugar, é interessante analisar que o vocábulo “prova” tem pelo menos três significados diversos em direito processual: I) serve para designar o meio empregado para a aferição da veracidade da afirmação de um fato, assim, prova escrita tem sentido de documento escrito. Ocorre que prova é mais que isso; II) Denomina todo o complexo de *atividades* desenvolvidas para aferição da prova; III) E quanto ao resultado, que é obtido com essas atividades, através daqueles meios. É a convicção a que o juiz chega (TALAMINI, 2001 (c), p. 71-72).

Mais adiante, TALAMINI (2001 (c), p. 72):

Quando Código reformado põe a “prova escrita” como pressuposto da concessão da tutela monitoria, fica claro que nesse início do procedimento há efetiva instrução probatória. Em outros termos, há prova como “atividade” – ainda que se trate de instrução limitada à prova documental, realizada praticamente em dois atos (a juntada dos documentos pela parte; sua apreciação pelo juiz).

Mas, sobretudo, há “prova” como “resultado”: a formação de convicção por parte do juiz. O magistrado chega a convencimento quanto ao mérito da pretensão do autor. Desenvolve juízos de fato (avaliando a prova, operando presunções) e de direito (vigora plenamente o *iura novit curia*). É – conforme se tenta mostra a seguir – juízo de verossimilhança: a tão-só conclusão de que há boa chance de ser verdadeira a versão do autor. Mas, é igualmente, *juízo de mérito*, ainda que sumário.

Essa sumarização diante do conceito processual de “direito líquido e certo” que o mandado de segurança inaugurou, vem sendo progressivamente ampliada em nosso ordenamento. Guarda semelhança instrumental com o conceito de “prova inequívoca”, introduzida pelo legislador reformista de 1994, no novo art. 273 do CPC. Tal artigo trata da antecipação de tutela do processo de conhecimento. Essa correlação foi lembrada por BELNIAKI et al. (96/97, p. 84):

De outro lado, o conceito processual de direito líquido e certo guarda, instrumentalmente, uma certa correspondência com o conceito de “prova inequívoca”, expressão esta introduzida no novo art. 273 do CPC, que trata da incoação da tutela

antecipatória no procedimento ordinário do processo de conhecimento. Prova inequívoca haverá de corresponder à suficiência de provas já produzidas nos autos sobre fatos caracterizadores do *fumus* e do *periculum*, para autorizar, em juízo de verossimilhança, a concessão da tutela antecipatória. Esta prova inequívoca, em última análise, é q que autoriza também nos procedimentos de mandado de segurança a concessão de liminar antecipatória. Pode-se dizer que o conceito de direito líquido e certo está para a função de certificação do direito, assim como o conceito de prova inequívoca está para a função verossimilhança.

A estrutura do Código de Processo Civil encontra-se superada, o que gera uma grande morosidade da prestação jurisdicional ligada, sobretudo, à ineficiência do velho procedimento originário. Nesse panorama, são de notável importância as reformas em nosso Código. Essa situação de inefetividade ocasionou certas situações excêntricas, como o uso indiscriminado do art. 798 do CPC (tutela cautelar) (MARINONI; ARENHART, 2003, p. 227).

A tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização do processo de conhecimento, viabilizando a obtenção antecipada de tutela que apenas poderia ser concedida ao final. Essa distorção tratou uma tutela que visa somente assegurar a viabilização da realização do direito em tutela antecipatória de mérito. Isso foi fruto da necessidade de celeridade e efetividade da tutela, buscando o efetivo à ordem jurídica justa (MARINONI; ARENHART, 2003, p. 228).

Toda essa situação descrita levou o legislador brasileiro a realizar uma sistematização das formas de tutela, introduzindo no Código de Processo Civil um inovador art. 273, prevendo a antecipação de tutela conforme os moldes legais:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1.º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2.º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3.º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º se o autor, a título da antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

A respeito da introdução desse instituto inovador que rompeu com o dogma da ordinarização, discorre CUNHA (2000, p. 106):

Que essas antecipações constituem uma inovação estrutural no Código reformado não pode haver dúvida. Quer se atribua a essas antecipações a natureza de provimento cautelar, quer se atribua a natureza de provimento cognitivo sumário (de cognição sumária) que incide sobre a definição e a realização do direito em lide, ainda que sem carga declarativa de certeza, tem-se que tais antecipações constituem novidade salutar, não só pela inovação da técnica, como pela ampliação das situações antecipandas (abuso de direito de defesa) e, principalmente, porque rompem com o dogma da ordinarização do Processo de Conhecimento do Livro I.

Quanto a esse novel dispositivo processual MARINONI; ARENHART (2003, p. 229) defendem o seu uso de forma adequada, não o restringindo, e lembra ainda, o grande ônus do tempo para o autor:

Em sua última análise, é correto dizer que a técnica antecipatória visa apenas a distribuir o ônus do tempo do processo. É preciso que os operadores do direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há motivos para timidez no seu uso, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado, uma vez que o tempo do processo sempre prejudicou o autor que tem razão. É necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do antigo procedimento ordinário...

O ponto de contato entre mandado de segurança e a antecipação de tutela, está na similitude entre os conceitos de “direito líquido e certo” e “prova inequívoca”. De acordo com o art. 273 do CPC, a antecipação será dada quando existir prova inequívoca, que convença o juiz da verossimilhança da alegação, isto é, deve haver prova suficiente para o surgimento do verossímil. Trata-se de um juízo provisório que deve estar focado no fato violador e sobre a necessidade

de a tutela ser prestada antecipadamente. Quanto a esse assunto MARINONI; ARENHART (2003, p. 245):

A verossimilhança a ser exigida pelo juiz, contudo, deve considerar: (i) o valor do bem jurídico ameaçado, (ii) a dificuldade de o autor provar sua alegação, (iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência, e (iv) a própria urgência descrita. Quando se fala em antecipação da tutela, pensa-se em uma tutela que deve ser prestada em tempo inferior àquele que será necessário para o término do procedimento. Como a principal responsável pelo gasto de tempo no processo é a produção da prova, admite-se que a tutela seja concedida antes que as provas requeridas pelas partes tenham sido produzidas (tutela antecipada). Nesse sentido, afirma-se que a tutela é concedida com a postecipação da produção da prova, ou com a postecipação da produção da prova, ou com a postecipação do contraditório. *Em casos como estes, “prova inequívoca” somente pode significar a prova formalmente perfeita, cujo tempo para produção não é incompatível com a imediatidade em que a tutela deve ser concedida.*

DINAMARCO (2003, p. 296-297) defende que se deve priorizar a justiça e a efetividade no processo civil:

Nesse contexto, pouco importa que a fidelidade ao direito objetivo substancial saia às vezes arranhada, desde que, como se disse, a justiça se faça com menos delongas. E o fato é que, consciente ou inconscientemente, o legislador, ao transigir na busca da verdade, favorece a simplificação do processo e evita os *formalismos*: sabe-se que os procedimentos estabelecidos em lei visam a viabilizar e garantir a adequada busca da verdade, mediante a participação dos seus sujeitos, mas não se pode perder de vista, por outro lado, que a obsessão pela verdade constitui cobertura à *burocracia* e alimenta os formalismos que se querem evitar. Daí a *liberdade das formas*, que dois Códigos de Processo Civil brasileiros proclamaram como regra programática, mas na realidade não permitiriam que prevalecesse: ambos foram tão minuciosos quanto à forma dos atos processuais (aliás, segundo os modelos tradicionais europeus), que com segurança se pode afirmar que o princípio consagrado foi realmente o da legalidade formal.

3.4 A PREVISÃO DE TUTELA COLETIVA E A INTERPRETAÇÃO HISTORICAMENTE RESTRITIVA

O processo historicamente destina-se para interesses inter-individuais, como instrumento do direito material que somente a pouco tempo tenta desvencilhar-se de um cunho majoritariamente egoístico e patrimonial e excessivamente adstrito da realidade. No campo do direito material já tivemos grandes avanços, agora se espera o mesmo do instrumento, ou seja, é imprescindível grandes modificações no processo para que ele possa tutelar

direito coletivos tão presentes em nossa complexa realidade. Sobre isso CUNHA (1995, p. 224-225):

Para bem se compreender a evolução das ações coletivas no Brasil é preciso partir dos seguintes pressupostos. Em primeiro lugar, há que se ter em mente que as ações coletivas destinam-se a tutela de interesses meta-individuais (também chamados de supra-individuais ou transindividuais). Em segundo lugar, há que se atentar para o dado que o processo civil desde que surgiu como ciência no final do século XIX até as últimas décadas foi estruturado ou forjado para exercer a tutela jurisdicional dos interesses em situações de conflito.

Esta tradição individualista do processo civil não decorreu obviamente de uma opção deliberada dos processualistas, mas do fato de que o direito material, ao qual o processo está intimamente ligado, diante da sua natureza essencialmente instrumental, disciplinar basicamente as relações jurídicas interindividuais, isto é, em torno de interesses individuais, qualificados como direitos subjetivos individuais. Isto decorreria de contingências históricas, sociológicas e ideológicas.

CUNHA (1995, p. 225) define esses interesses meta-individuais sem precisamos de mais delongas:

Os interesses meta-individuais, ao contrário dos individuais, caracterizam-se precisamente pelo dado de que há pluralidade de sujeitos com interesses convergentes, justapostos, correlatos, incidentes sobre o mesmo bem indivisível, de modo que a satisfação do interesse de um dos sujeitos importa necessariamente na satisfação contemporânea dos demais interesses. Subjetivamente, caracterizam-se pois pela pluralidade de sujeitos com interesses, coordenados sobre o mesmo bem e, objetivamente, pela indivisibilidade do bem.

Surgem então ações para proteger esses direito que fogem do âmbito individual e necessitam de uma tutela diferenciada, tal como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. A respeito das ações coletivas, MARINONI (2001, p. 58) é sublime:

A razão de ser de tal ação é a de possibilitar uma tutela mais efetiva dos direitos que podem ser lesados em massa em virtude de um ato ilícito. Trata-se, em outras palavras, de uma ação típica da sociedade urbana de massa, em que são frequentes lesões como estas. Ora, para que direitos lesados dessa forma possam ser efetivamente tutelados, apresenta-se inviável a velha estrutura das ações individuais, formadoras de coisa julgada material individual. Ações individuais, para a proteção desses direitos, são antieconômicas, uma vez que levam a um exagerado pagamento de custas, quando consideradas no seu conjunto. Ao contrário, se bastar um único processo, as custas são muito baixas, inclusive porque não são necessários tantos advogados, desafoga-se a pauta do Poder Judiciário uma vez que, em vez de centenas de processos, é suficiente um só, e são eliminadas as possibilidades de decisões contraditórias.

O mundo atual demanda uma revolução no campo do direito processual, principalmente quanto à necessidade de ampliação do acesso à justiça e à legitimidade. Segundo CAPPELLETTI (1977, p. 130):

... A sociedade na qual vivemos é uma sociedade ou civilização de produção em massa, de troca, de consumo de massa, bem como de conflitos de massa. Daí deriva que também as situações da vida, que o direito deve regular são tornadas sempre mais complexas, por sua vez a tutela jurisdicional será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais frequentemente contra violações de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolve grupo, classes e coletividades.

A respeito da legitimidade, deve ser atacada a postura que entende que a iniciativa processual deve ser monopolizada nas mãos do sujeito de direito subjetivo, “diante de direitos que pertencem ao mesmo tempo a todos e a ninguém” é insuficiente a atribuição de legitimidade a parte direta e pessoalmente prejudicada ou ao Ministério Público (CAPPELLETTI 1977, p. 135).

BELNIAKI et al. (96/97, p.86):

Todavia, para se ter uma idéia da grandeza da disciplina do mandado de segurança individual, é de se mencionar, como fez Celso Agrícola Barbi, que desde a Lei 191/36 (art. 6.º, § 1º) e posteriormente através da Lei 1.533/51 (art. 1.º, § 2º), existiu o propósito de permitir o seu uso em defesa dos chamados interesses legítimos, cujo conceito confunde-se atualmente com o de interesses meta-individuais.

Com efeito, a redação do § 2º, do art. 1.º da Lei 1533/51 estabelece que “quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”. Semelhante disposição, infelizmente, não chegou a ser aplicada com o objetivo da meta-individualidade, como reconheceu Barbi, imputado tal fato à possível deficiência da redação do dispositivo legal, mas provavelmente, à pouca difusão dos fenômenos meta-individuais no ordenamento brasileiro antes de 1985.

Seja como for, o que interessa enfatizar é que a disciplina do mandado de segurança, que integra o patrimônio constitucional desta garantia pública aos cidadãos, já previa a tutela a interesses supra-individuais, cuja tutela o processo civil brasileiro somente recepcionou em sua inteireza na última década.

O sistema processualista no Brasil “deixava muito a desejar” a respeito da tutela dos direito coletivos, difusos e individuais homogêneos, tínhamos somente a limitada lei da ação popular de 1965, a respeito dessa lei, CUNHA (1995, p. 226-227):

A situação só não era de absoluta negativa de proteção aos interesses meta-individuais, porque o ordenamento jurídico brasileiro, à semelhança do que ocorria

com outros ordenamentos jurídicos de países adiantados, contemplava a possibilidade da ação popular.

(...)

A ação popular, todavia, a despeito de representar a vanguarda da proteção dos interesses meta-individuais, hoje qualificados como difusos ou coletivos em sentido estrito, não era suficiente para assegurar uma efetiva tutela aos interesses meta-individuais, diante da complexidade e multiplicidade cada vez mais crescente das relações sociais.

Posteriormente houve a edição da Lei da Ação Civil Pública, em 1985, e do Código de Defesa do Consumidor em 1990. CUNHA (1995, p. 228)

Não obstante, a Lei 8.078/90, no seu Título III, traçou toda uma disciplina para a defesa do consumidor em juízo, a nível coletivo, prevendo que todas as suas disposições a este respeito haviam que ser aplicadas a toda e qualquer ação coletiva e, ainda, que as disposições específicas da Lei da Ação Civil Pública aplicavam-se também à defesa coletiva dos interesses meta-individuais dos consumidores. Com isto, estabeleceu uma total interação entre o texto da Lei da Ação Civil Pública com o Código do Consumidor, como se integrassem o texto de uma mesma lei.

A Lei Maior, no seu art. 5º, no inc. LXX, institui o inovador mandado de segurança coletivo: “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”.

Esse inciso é complementado com o inc. III do art. 8 da Constituição: “III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

FERRAZ (1992, p.38):

A primeira observação a fazer-se diz respeito à natureza da atuação da pessoa jurídica nesses casos. Na hipótese do inc. XXI do mesmo art. 5º, a entidade representa seus associados, em seu nome agindo: e, por isso, era taxativa a exigência de autorização expressa. Aqui, no inc. LXX, não: a entidade comparece não em representação, mas em defesa dos interesses ou direitos de seus filiados. Há, pois, legitimação direta, não intermediada para agir. Por isso, aqui não se há de cogitar de autorização expressa, mandato, etc. Em suma no inc. LXX não há caso de substituição processual, eis que a entidade age em nome próprio em defesa de direitos e interesses que também lhe são próprios, refletindo sua atuação na esfera de direitos e interesses dos filiados. E esse nos parece ser substancial traço diacrítico entre o mandado de segurança coletivo e o singular deflagrado por entidades (inc. XXI): por agir em nome próprio, atuando direito e interesses próprios (pois assim se apresenta a prerrogativa de defesa dos interesses dos filiados e da categoria), a entidade, na hipótese do mandado de

segurança coletivo, prescinde de autorizações específicas para agir. Dela só se exige que seja constituída como previsto em lei e que funcione há pelo menos um ano. Cremos importante enfatizar: a) o prazo de um ano não se aplica a hipótese do inc. XXI, eis que o quociente de representatividade, por ele visado, é atendido pela necessidade de autorização expressa; b) no caso do mandado de segurança coletivo, somente será necessário perquirir da autorização para agir caso o ato constitutivo da entidade não lhe atribua, de pronto, permissão para representar os filiados em juízo.

No Brasil, embora havendo dispositivos inovadores e de vanguarda na proteção dos direitos meta-individuais, eles, historicamente, têm sido aplicados de forma restritiva, a respeito de que a tutela desses interesses não tem sido aplicada corretamente na prática, cita-se ARENHART (2003, p. 151):

De toda sorte, o direito brasileiro comporta grande auxílio para a organização da sociedade civil em benefício da tutela dos interesses metaindividuais – realizada, para fins que aqui interessam, em torno do Judiciário, por meio dos mecanismos de tutela jurisdicional dos interesses coletivos – por meio de diversas leis que disciplinam e facilitam acesso à Justiça em relação a esses direitos. São dispositivos realmente inovadores e de vanguarda, que, todavia, não têm sido adequadamente aplicados na prática, pelos mais diversos motivos. Efetivamente, embora seja bastante complexo esse sistema de tutela, o receio demonstrado pela jurisprudência e algumas regras, incorporadas tardiamente ao sistema, inviabilizam, muitas vezes, a adequada proteção desses interesses, ainda que seja boa a perspectiva futura.

A nova Constituição previu o mandado de segurança coletivo, surgiu, então, a polêmica se esse novo instituto é adequado para proteger interesses difusos ou coletivos. Existem atualmente duas correntes doutrinárias: uma restritiva (assim como foi no decorrer da história do mandado de segurança); e outra que defende que o mandado de segurança é um instrumento de eficácia potencializada e, portanto, as normas da Carta Maior sobre ele não podem ser interpretadas restritivamente. Ademais sempre que falamos em garantia de direito dos cidadãos, essas devem ser interpretadas da forma mais ampla possível, buscando sempre as finalidades das Constituições. A respeito disso BARBI (2001, p. 240-241) é bastante esclarecedor:

Uma parte da doutrina interpretou restritivamente o texto constitucional e sustenta que os interesses difusos não podem ser objeto do mandado de segurança coletivo, o qual só seria idôneo para proteger direitos subjetivos individuais que sejam de interesse de um grupo determinado ou da coletividade. Exemplos deles seriam direitos subjetivos de funcionários públicos da Fazenda, lesados por certo ato; ou direitos subjetivos dos usuários de transporte coletivo, prejudicados por aumento ilegal das tarifas. Esse é o

entendimento do Ministro Athos Gusmão Carneiro⁷ e do Prof. Ernani Fidélis dos Santos⁸.

A maioria da doutrina, porém, sustenta que os interesses difusos, legítimos, ou coletivos, podem ser objeto do mandado de segurança coletivo. Esta é a posição de Calmon de Passos⁹, do Ministro Carlos Mário Veloso¹⁰, de Diomar Ackel Filho¹¹, de J. da Silva Pacheco¹², Lourival Gonçalves de Oliveira¹³ e de Ada Pellegrini Grinover¹⁴. Esta ilustre professora foi quem desenvolveu sobre o assunto, mas ampla e acertada fundamentação, principalmente ao ressaltar que o mandado de segurança é instrumento de eficácia potenciada, por sua origem constitucional e, por isto, as normas da Carta Magna sobre ele não podem ser interpretadas restritivamente.

Damos nossa adesão a essa argumentação e acrescentamos que, a nosso ver, as Constituições têm, principalmente, duas funções: organizar os Poderes do Estado e garantir direitos dos cidadãos. As normas sobre a primeira função podem ser interpretadas restritivamente, porque isto pode levar ao melhor funcionamento dos Poderes. Mas as normas relativas à segunda função jamais podem ser interpretadas restritivamente, especialmente quando a proteção por elas concedida for em face do Poder Público. Uma interpretação desse tipo é verdadeira negação de uma das mais importantes – senão a mais importante – das finalidades das Constituições.

É importante ressaltar para que o processo civil possa atender adequadamente essas novas demandas, em um contexto de direitos coletivos e sociedade de massa, deve adaptar-se criando mecanismos eficientes e que coadunem com uma principiologia nova, distante daquela individualista de 1973. Nesse aspecto o mandado de segurança com seu processo extremamente instrumental pode servir de referência. Outra que já tutelava direitos supra-individuais desde 1936, cuja tutela somente a partir de 1988 foi realmente trazida pra o âmbito do processo civil.

Sobre o surgimento dessa nova categoria de direitos MARINONI; ARENHART (2003, p. 749-750):

O surgimento dessa nova categoria de direitos – assim como o novo perfil atribuído a direitos antigos determinou em outra seara – exigiu a adaptação do processo civil aos

⁷ CARNEIRO, Athos G. Anotações sobre o Mandado de Segurança Coletivo. In: **Revista Ajuris**. 54/53.

⁸ SANTOS, Eranani F. dos. Mandado de Segurança Individual e Coletivo – Legitimação e Interesse. In: **Revista Ajuris**. 45/25.

⁹ PASSOS, Clamon de. **Mandado de Segurança Coletivo – Mandado de Injunção – Habeas Data**. Rio de Janeiro: Forense. p. 9-10; 16-17.

¹⁰ VELOSO, Carlos M. Do Mandado de Segurança e Institutos Afins na Constituição de 1988. In: TEXEIRA, Sálvio de F. **Mandado de Segurança e Mandado de Injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 75 e segs.

¹¹ ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 84-85.

¹² PACHECO, J. da S. **O mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 220-221.

¹³ OLIVEIRA, Lourival G. Interesse Processual e Mandado de Segurança Coletivo. In: **Revista de Processo**, 56/75.

¹⁴ GRINOVER, Ada P. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação e Interesse. In: **Revista de Processo**, 57/96.

“novos conflitos”, para que então pudesse oferecer respostas adequadas às necessidades advindas da sociedade contemporânea.

Além da necessidade de um processo civil que pudesse dar conta de direitos transindividuais, percebeu-se que ele também deveria voltar-se aos direitos que podem ser lesados em face dos conflitos próprios à sociedade de massa. A sociedade moderna abre oportunidade a situação em que determinadas atividades podem trazer prejuízo aos interesses de grande número de pessoas, fazendo surgir problemas ignorados nas demandas individuais¹⁵. O risco de tais lesões, que afetam simultaneamente inúmeros indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constitui fenômeno cada vez mais amplo e freqüente na sociedade contemporânea¹⁶. Ora, se a sociedade atual é caracterizada por ser de produção e consumo de massa, é natural que passem a surgir conflitos de massa e que os processualistas estejam cada vez mais preocupados em configurar um adequado “processo civil coletivo”, para tutelar os conflitos emergentes¹⁷.

Os novos dispositivos, contudo, não bastam por si mesmos; é necessária a adequada interpretação e aplicação pelos aplicadores do Direito, de forma a não dificultar ou restringir a tutela dos direitos meta-individuais, a respeito disso MARINONI; ARENHART (2003, p. 751):

Esse, com efeito, é o grande mal enfrentado pela tutela coletiva no direito brasileiro. Em que pese o fato de o direito nacional estar munido de suficientes instrumentos para a tutela das novas situações de direito substancial, o despreparo para o trato com esses novos e poderosos mecanismo vem, nitidamente, minando o sistema e transformando-o em ente teratológico que flutua no limbo. As demonstrações dessa crise são evidentes, e são mostradas diariamente por meio dos veículos de comunicação, quando se vê o tratamento dispensado às ações coletivas no direito brasileiro. Para impedir o prosseguimento desta visão míope da figura, bem como para permitir a adequada aplicação do instituto, é necessário não se afastar do norte fundamental: o direito transindividual não pode ser confundido com o direito individual, e mesmo este último, diante das peculiaridades da sociedade de massa, merece tratamento diferenciado.

A constituição de 1988 previu de forma inovadora o mandado de segurança coletivo, que é regulado no que couber pela Lei 1.533 de 1951, sendo de imediata aplicabilidade, PAULA (2002, p.28-29):

Isso não se tornou qualquer obstáculo à imediata exequibilidade da regra que institui o mandado de segurança coletivo, porque se aplicou o novo dispositivo a partir a previsão do inc. LXIX do art. 5.º da Constituição, combinado com a Lei 1.533/51. Porque ali já estão reunidos todos os elementos necessários e suficientes para dotá-lo

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1975. p. 365. DENTI, Vittorio. *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1974. p. 533-550. VILLONE, Massimo. *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso: la tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1976. MARINONI, Luiz G. *Novas linhas do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86 e ss.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit. p. 365.

¹⁷ MARINONI, Luiz G. op. cit., p. 87.

de aptidão como instrumento de tutela jurídica¹⁸, pelo menos no tocante ao procedimento em juízo da nova garantia.

É um procedimento que, através da legitimação ativa extraordinária e substituição processual, busca a economia e celeridade processual, PAULA (2002, p.29):

Esta se realiza na impetração coletiva através da defesa de direitos e interesses de um número determinado ou não de pessoas, buscando antes de mais nada a efetivação do princípio da economia e celeridade da prestação jurisdicional. Nestes casos, a pessoa legitimada a agir comparece em juízo postulando em nome próprio na defesa de direitos de terceiros, hipótese típica de substituição processual através de legitimação extraordinária¹⁹.

FERRAZ lembra que o grande risco não é vulgarizar o mandado de segurança, mas sim restringi-lo, como é praxe no mundo jurídico, não deixando essa garantia constitucional demonstrar toda a sua potencialidade (2002, p.756):

Nesse panorama de enobrecimento e ampliação do notável instrumento da ação de segurança, impo-se ao intérprete, jurista ou juiz, não amesquinhar o remédio, elaborando cerebrinos obstáculos para sua concessão. O risco maior não é o de “vulgarizar” o mandado de segurança, mas sem o de asfíxiá-lo em razão do medo de sua extraordinárias virtualidade e potencialidades.

Mais adiante FERRAZ (2002, p. 757):

A rigor, no curso do tempo acabaram descartadas certas disputas sobre a legitimação ativa em mandado de segurança, que sempre nos soaram como questões que ou radicavam sal *ratio* no direito positivo histórico (constitucional ou não), ou numa inaceitável acepção restritiva do *writ* (o que, conforme já vimos não se compadece com seu berço nobre e liberal – por isso que constitucional – e com sua natureza de garantia dos direitos fundamentais, além de ser, em si, um desses direitos básicos).

3.5 A LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA PASSIVA

A análise histórica do mandado de segurança mostra que a celeuma doutrinária e jurisprudencial teve impulso a partir da Lei 1.533/51. Anteriormente a Lei 191 de 1936, conforme o texto constitucional de 1934,

¹⁸ OLIVEIRA, Lourival G. de. Interesse processual e mandado de segurança coletivo. In: TEXEIRA, Sálvio de F. (Coord.) **Mandados de segurança e Injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 139-140. BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o manado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 7.

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. de A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 259.

determinava que o juiz encaminhasse ao representante legal da pessoa jurídica de Direito Público e ao coator cópia da inicial e dos documentos, para respectiva apresentação de defesa e das informações, no prazo de dez dias. A partir de 1939 a matéria passou a ser disciplinada pelo Código de Processo Civil, esse mandava notificar o coator para prestar informações (enviando-lhe cópia da inicial e dos documentos) e citar o representante da pessoa jurídica de Direito Público para a contestação, tudo no prazo de 10 dias (BARBI, 2001, p. 122).

Posteriormente a Lei 1.533/51, no seu art., 7º prevê somente a notificação da autoridade coatora para prestar informações em dez dias, e manda ouvir o representante do Ministério Público, e, cinco dias, depois de findo o prazo para informações. A Lei atual, silenciando sobre a citação da pessoa jurídica, prazo e forma para a sua defesa, criou aos operadores do direito o difícil problema de apurar se houve simples omissão ou modificação mais ou menos ampla na estrutura e na natureza íntima do processo (BARBI, 2001, p. 122).

Quanto aos palpitantes problemas da legitimação passiva em mandado de segurança FERRAZ (1992, p. 45) traz em sua obra um resumo das principais correntes doutrinárias:

Na Lei 1.533 ou se regrediu mesmo ou, quem sabe, omitiu-se, por esquecimento, a figura do réu e sua imprescindível presença no processo. Daí surgiu a chuva de opinamentos contrapostos na matéria, podendo-se fazer o inventário das seguintes posições:

I – *Parte passiva é a autoridade coatora*: é o que sustentam, dentre outros, Lopes da Costa (Manual Elementar de Direito Processual Civil, 1956, pp. 319 e 320), Ari Florêncio Guimarães (O Ministério Público no Mandado de Segurança, pp.167 e 168), Hamilton de Moraes e Barros (AS Liminares no Mandado de Segurança, p. 69) e Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança, 13.ª ed., p. 33).

A toda evidência, se não admitimos que a autoridade coatora seja parte, *a fortiori*, (...), excluimos a possibilidade da pretendida configuração litisconsorcial.

II – *Partes passivas, em litisconsórcio necessário, são a autoridade coatora e a pessoa jurídica de Direito Público*: é a posição de Sebastião de Souza (Dos Processos Especiais, pp. 48 e 49), Othon Sidou (Mandado de segurança, p. 274) e Jorge Americano (Comentários ao Código de Processo Civil, 2.ª ed. v. II/122). Anote-se que alguns dos adeptos da primeira corrente admitem o ingresso da pessoa jurídica como litisconsorte facultativo (é, p. ex., e marcadamente, o caso de Hely) ou, ainda, como assistente (o mesmo Hely, ob e loc. ult. cit.).

A toda evidência, se não admitimos que a autoridade coatora seja parte, *a fortiori*, pelos mesmos argumentos, excluimos a possibilidade da pretendida configuração litisconsorcial.

III – *Posições mistas*: sob esse rótulo inexpressivo alocamos explicações que nos parecem ao menos nebulosas, *vênia concessa* de seus ilustres e eminentes Autores. Em

razão da parca clareza com que expostas, tais opiniões não podem merecer nossa adesão, conquanto mereçam referência, num inventário do problema.

(...)

IV – *Parte passiva é a pessoa de Direito Público*: desse ponto de vista comungam, entre outros, Seabra Fagundes, Celso Barbi e Celso Bastos. Seabra chega a sustentar que a notificação da autoridade coatora é, na realidade, citação da pessoa jurídica, parte passiva, realizada através de “representante”, indicado na lei (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed., p. 338), com o quê se põem de acordo Celso Barbi (*Do Mandado de Segurança*, 1978, p. 38). A solução, conquanto engenhosa, é tecnicamente insatisfatória, bastando pensar que a autoridade coatora pode omitir-se na prestação de informações, ou se confessar, quando não reconhecer o pedido: que efeitos se pode pretender dar, relativamente a tais atitudes, contra a efetiva parte passiva, à luz dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade da atuação administrativa? Em realidade, fora do que sustentamos – imprescindibilidade de *citação* da pessoa jurídica – não há como reverenciar tais vetores principiológicos indeclináveis.

Aliás, no desenvolvimento do tema, esses membros juristas ilustríssimos demonstram como é insatisfatória a “citação mediante representação”, que aventam.

FERRAZ (1992, p. 44-45) filia-se à corrente que entende ser a parte passiva a pessoa de direito público, entendendo que a autoridade coatora não é parte. Assim expõem sua argumentação:

Em suma, na nossa visão, sujeito passivo, no mandado de segurança, é a pessoa jurídica de Direito Público que vai suportar os efeitos defluentes da ação. Ela sequer é litisconsorte necessária da autoridade coatora, eis que, esta, pelos motivos já antes expostos, não é parte. Pouco importa que assim não venha sendo entendido ou observado na prática judiciária, O que tem havido é uma cumplicidade doutrinariamente nefanda: dos juízes, que não aplicam a lei do mandado de segurança, na moldura da garantia constitucional do direito de defesa – com o quê teriam de exigir a citação do réu verdadeiro, não obstante o silêncio da Lei 1.533; dos impetrantes, que se querem beneficiar da ausência de um litigante poderoso, do Poder Público, omissos em exigir seu chamamento como a parte passiva real; do Ministério Público, que, fiscal da lei, não poderia prosperar um processo capenga.

Normalmente as hipóteses de legitimação extraordinária constam no pólo ativo da relação processual, todavia, no mandado de segurança temos uma situação peculiar em que a legitimação extraordinária encontra-se no pólo passivo.

A legitimação ativa extraordinária vem consagrada no art. 6º do CPC, embora anotada de excepcionalidade: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.". Já sedimentada no ordenamento jurídico inferior, foi alçada à sede constitucional, onde pode ser detectada nos arts. 5º, LXX (mandado de segurança coletivo), LXXIII (ação

popular); 8º, III (sindicato); 129, III, IV e V (competências do Ministério Público); e para alguns, no art. 5º, inciso XXI (legitimação das entidades associativas para representar seus filiados judicialmente ou extrajudicialmente).

É pacífico que foi adotado no mandado de segurança coletivo em contraste com o mandado de segurança simples, a legitimação ativa extraordinária que se conferiu aos partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações. Inclusive adota-se a possibilidade desta capacidade processual extraordinária como pressuposto para os órgãos públicos despersonalizados terem legitimação para exercer ação, segundo BELNIAKI et al. (96/97, p. 87):

... tem sido admitida pela jurisprudência afim de que órgãos integrantes da estrutura interna de uma determinada pessoa jurídica de direito público possam exercer objetivamente a competência que por lei lhes foi conferida quando tal competência está sendo usurpada, suprimida ou, enfim, comprometida por outro órgão hierarquicamente superior na estrutura administrativa em que se situam. Assim é que se admite, por exemplo, mandado de segurança impetrado por Câmara Municipal contra ato ou omissão de Prefeito, o que evidencia um conflito entre órgãos que se situam no âmbito da mesma pessoa jurídica de direito público (Município).

A jurisprudência sobre o tema é muito variada. Em vários tribunais, de diferentes instâncias, muitas vezes nem se solidificam posições. Na maior parte dos julgados no Superior Tribunal de Justiça afirma-se abertamente que a parte passiva legítima é a autoridade a quem cabe à atenção concreta da norma. Outros, e em menor escala, denotam à pessoa jurídica essa propriedade. No Supremo Tribunal Federal há acórdãos considerando reflexamente a autoridade coatora como parte, sobretudo impedindo aos juízes de substituí-la em sede de indicação errônea. Porém, do mesmo Tribunal há julgados dando apenas à pessoa jurídica essa natureza, especialmente legitimando-a como única recorrente. Nos Tribunais Regionais Federais prevalece o emprego da autoridade no pólo passivo, não obstante adotar à pessoa jurídica a oportunidade de recorrer. Mas há posicionamentos diferentes. Nos Tribunais Estaduais é grande a diversidade de decisões, mas perceptível a tendência pela pessoa jurídica como parte legítima, apesar dos julgados em contrário. Convive, em menor escala, a tese em jurisprudência de que a pessoa jurídica é sujeito passivo da lide e a autoridade

coatora o sujeito passivo do processo, devendo ambos ser citados por haver litisconsórcio passivo imprescindível. Vejamos algumas:

Rel. Ministro José Delgado, Órgão Julgador T1 – Primeira turma, DJU 18.12.2003, REVPRO, vol. 118, p. 267:

1. A doutrina e a jurisprudência não são pacíficas quanto à possibilidade de a pessoa jurídica ser parte legítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental.
2. Parte da doutrina considera que o mandado de segurança deve ser impetrado não contra o ente público, mas sim contra a autoridade administrativa que tenha poderes e meios para a correção da ilegalidade apontada. Outra parte, enveredando por caminho totalmente oposto, afirma que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica e não da autoridade administrativa.
3. Não é possível reclamar da parte o conhecimento da complexa estrutura da Administração Pública, de forma a precisar quem será a pessoa investida de competência para corrigir o ato coator.
4. A pessoa jurídica de direito público a suportar os ônus da sentença proferida em mandado de segurança é parte legítima para figurar no pólo passivo do feito, por ter interesse direto na causa.
5. Recurso especial conhecido e desprovido.

Processo resp. 83633 / CE ; RECURSO ESPECIAL 1995/0068455-1, Rel. Ministro José Delgado, Órgão Julgador T1 – Primeira Turma, DJU 18.03.96, RT, vol. 730, p. 201:

- 1 - A pessoa jurídica de Direito Público a suportar o ônus da sentença proferida em mandado de segurança é parte legítima por ter interesse direto na causa, a integrar a lide em qualquer fase que ela se encontre.
- 2 - Recurso provido para anular a decisão a fim de que se conheça da apelação interposta pela pessoa jurídica de Direito Público e se decida como de direito.

LOPES (2002, p.416) embasado na compilação de Theotonio Negrão, afirma que a jurisprudência acolheu majoritariamente a opção pela legitimação da autoridade coatora no pólo passivo: “A jurisprudência, porém, acolheu com firmeza a tese de que a ação de mandado de segurança é dirigida à autoridade coatora, isto é, aquela que pratica o ato ou esta em iminência de fazê-lo²⁰.”

²⁰ Theotonio Negrão indica numerosos precedentes nesse sentido, valendo a pena transcrever tópicos de alguns deles: “Autoridade coatora é aquela que ordena (ainda que manifestamente incompetente para a sua prática: RSTJ 96/376) ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que recomenda ou baixa normas para sua execução (STJ – 1ª T., Resp 62.174-7-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 07.06.1995, negaram provimento, v.u., DJU 14.08.1995, p. 23.989; RJTJESP 90/229, JTJ 142/283); isto é, ‘autoridade coatora é aquela que, ao executar o ato, materializa-o’ (RTFR 152/271. No mesmo sentido: TFR-Pleno, MS 105.867-DF, rel. Min. Geraldo Sobral, j. 27.06.1985, v.u., apud *Bol. Do TRF* 84/14; RJTJESP 111/180”; “Tratando-se de mandado de segurança, a determinação da competência fixa-se pela autoridade que praticou ou vai praticar o ato, objeto da impetração’ (STJ-1ª Seção, CComp 1.850-MT, rel. Min. Geraldo Sobral, j. 23.04.1991, v.u., DJU 03.06.1991)”; “Sendo o ato impugnado em mero lançamento tributário, a autoridade que diretamente pratica aquele ato, considerado lesivo a direito do contribuinte, é que deve responder ao mandado de segurança. O secretário que expediu resolução de caráter genérico e abstrato é parte ilegítima’ (STJ – 2ª Turma, REsp 1.485-RJ, rel. Min. Hélio Mosimann,

MENDES (2002, p. 474) em sua tese afirma, no estudo de processo do mandado de segurança, que o pólo passivo da relação processual deve ser ocupado por uma pessoa física que é quem pode receber uma ordem e cumpri-la, sujeitando-se como, conseqüência, a meios de coerção física, como a prisão. E assim, exemplifica:

Imagine-se um funcionário público ilegalmente demitido, por exemplo, por iniciativa de superior hierárquico. O mandado de segurança eventualmente cabível na hipótese, supondo-se preenchidos os demais requisitos próprios a esse tipo de ação, teria como finalidade a demonstração de que o superior hierárquico agira em desconformidade com a lei ou cometera abuso de poder, extrapolando o esquema restrito dentro do qual estava autorizado a agir. A ação mandamental seria, então, uma tentativa de corrigir esse erro e teria como conseqüência, se o autor fosse vitorioso, o determinar-se ao funcionário que recompusesse a situação do impetrante ao estado anterior, desfazendo o ato demissório. Essa atividade retificadora, contida na ordem que o juiz proferiu, é algo que só poderia ser exercido pela autoridade, considerada assim a pessoa física que estivesse a ocupar, em determinado momento, o posto funcional em cujo rol de atribuições pudesse conter-se a capacidade de demitir e, implicitamente a de revogar demissão já existente.

BELNIKI et al. (96/97, p. 89), engrossa a corrente que entende em dar prioridade á autoridade coatora no pólo passivo:

Não há necessidade, assim, de se socorrer da argumentação defendida por grande parte dos processualistas, no sentido de que a parte passiva á a pessoa jurídica, embora citada (notificada segundo a dicção do art. 7º, I, da Lei do mandado de segurança) na pessoa da autoridade coatora. Aliás, tal argumentação fica desprovida de sentido, quando se tem em conta o fato de que o contraditório, em princípio deve ser instalado por ato da própria autoridade coatora, atuando em nome próprio e não como representante da pessoa jurídica, ao oferecer as informações. Aliás, estas informações, a despeito do *nomem in juris* corresponde a uma autêntica contestação, consoante entendimento defendido por Barbosa Moreira. Nada impede, como tem reconhecido parte da jurisprudência, que as informações (contestação) sejam oferecidas desde logo pela pessoa jurídica que, assim, espontaneamente assume formalmente a condição de assistente litisconsorcial.

Esta inversão da pessoa jurídica, como assistente litisconsorcial, pode ocorrer em qualquer outro momento anterior à sentença, embora o rito sumário do mandado de segurança não favoreça, na prática, semelhante invenção após as informações da autoridade coatora. Apo a sentença denegatória, ainda tem lugar intervenção como assistente litisconsorcial, visando a manutenção da sentença. Se concessiva a decisão proferida em processo em que não havia assumido a posição de assistente litisconsorcial, poderá então recorrer legitimamente na qualidade de terceiro juridicamente interessado, tendo-se em vista que terceiro juridicamente interessado é aquele que, não sendo parte formal na ação e não tendo assumido a posição de assistente sob a perspectiva de obter uma sentença favorável, culmina por ingressar no

fito espontaneamente após a sentença sob a perspectiva de elidir a sentença desfavorável.

Em suma: inclina-se por entender que o sujeito passivo do mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público, funcionando a autoridade coatora como representante da pessoa jurídica do qual faz parte dos quadros, isso em primeiro grau. Temos, portanto, uma legitimação passiva extraordinária por parte do agente. Já em segundo grau somente tem competência a pessoa jurídica de direito público, inclusive recursal, desfaz-se então a legitimação passiva extraordinária da autoridade coatora. Derradeiro é o que observamos na prática com a aceitação da pessoa jurídica como assistente litisconsorcial do agente coator, como isso se esse é representante daquele. O mesmo ocorre quando for caso de pessoa jurídica de direito privado exercendo funções públicas.

Sobre esse posicionamento, a lição do mestre VELOSO (1980, p. 174):

A posição que adotamos, de que o sujeito passivo na ação de segurança é a pessoa pública representada pela autoridade, já contava com o endosso do Min. Costa Mando e é sustentada por Castro Nunes, como regra, apenas excepcionada com relação aos atos da administração indireta ou dos serviços públicos personificados, que não vinculariam a responsabilidade civil da entidade maior. Também entendem que a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica pública, a cujos quadros pertence a autoridade apontada coatora, Seabra Fagundes, T. Brandão Cavalcante e Celso Barbi, que sustenta que “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.”

Em suma: parte passiva no mandado de segurança é a pessoa pública, representada, todavia, pela autoridade coatora, ou que praticou o ato impugnado, que deverá ser individuada, na inicial, a fim de ser notificada, na forma estabelecida no art. 7º, I, da Lei 1.533/51.

Apesar da grande controvérsia sobre o sujeito passivo na doutrina e na jurisprudência, o que a lei do mandado de segurança visa é aumentar a celeridade, a eficácia mandamental e o acesso à justiça conforme ensina BELNIAKI et al. (96/97, p. 89):

Seja como for, quer parecer que a lei do mandado de segurança, ao situar como sujeito passivo a autoridade coatora, utilizou-se utilmente de uma técnica singularíssima, visando atingir a maior efetividade do processo com o atendimento dos seguintes objetivos:

- a) favorecer o acesso à Justiça e a celeridade processual, na medida em que a própria competência para processar e julgar a ação do mandado de segurança é fixada levando-se em conta a circunscrição territorial em que atua a autoridade coatora,

- ressalvadas as situações em que se leva em conta o cargo ou função da autoridade para fixar a competência originária de Tribunais;
- b) favorecer a atuação jurisdicional para, com maior presteza, impedir a prática de ato ilegal ou proporcionar a reparação da violação, nas freqüentes hipóteses em que a ilegalidade seja decorrente de abuso de poder, hipóteses em que a própria autoridade coatora pode, desde logo, prevenir ou reparar a lesão a direito do impetrante;
 - c) favorecer a liquidez e certeza do direito, na medida em que a autoridade coatora, sendo a autoridade responsável pelo ato ou omissão, pode desde logo, com as informações, complementar esclarecimentos sobre fatos e documentos da petição inicial. E isto pode ocorrer mesmo nas hipóteses em que se cogita de atos inconstitucionais ou ilegais que a autoridade não pode, espontaneamente, prevenir ou reparar por se tratar de ato vinculado a leis ou regulamentos viciados, aos quais, funcionalmente, deve atender.

3.6 AS RESTRIÇÕES AO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA: VISÃO CRÍTICA

FERRAZ (2002, p. 772) introduz bem o tema:

Em tudo isso caberá a letra de ouro da Lei Magna, ao consagrar, no inc. XXXV do art. 5.º, o acesso à Justiça como direito pético e fundamental da cidadania. Foge assim completamente à coercitividade constitucional a formulação de raciocínios ou a elaboração de decisões que, amesquinhando a incidência e a amplitude do mandado de segurança, dificultem ou impeçam o recurso ao Judiciário.

GUIMARÃES (1978, p. 14) ensina que apesar de muitas vezes o mandado de segurança ser alvo de uma procura intensiva e generalizada por aqueles que têm ânsia de uma solução rápida dos litígios frente a morosidade dos pleitos comuns, não deve essa garantia constitucional ser restringida e sim exercitada:

Lembremo-nos, contudo, haja ou não abuso nos ajuizamentos de segurança despropositadas, da exemplar lição do constitucionalista porto-riquenho, que condena, é exato, a deturpação que ocasiona, quase sempre, uma **hipertrofia** de perigosas conseqüências, mas não deixa de exaltar o justo e legítimo uso dos direitos individuais, através do próprio exercício deles: “*Se há abusado de los derechos individuales; pero el abuso no es el uso, y lo que la ciencia constitucional reclama es el reconocimiento de los derechos individuales para su uso, no para su abuso. Y si el abuso resulta de falta de preparación, la preparación se obitiene com el uso, pues que el único modo de prepararse a usar de lo que es útil, es usar.*”²¹

²¹ E. M. de Hostos. **Lecciones de Derecho Constitucional**. Obras completas, vol XV, p. 127.

Questão aparentemente singela, mas que no contexto brasileiro pode determinar o acesso ou não a uma tutela de direito, é a questão do cabimento dos honorários advocatícios no mandado de segurança. O compromisso do processo civil com a efetividade da prestação jurisdicional deve garantir ao vitorioso na demanda que seja recomposto integralmente o seu patrimônio, tão somente receba aquilo do que faz jus, estreitando a relação entre direito e a justiça. O processo civil deve ser visto sobre uma ótica constitucional e não o contrário, assim, para que seja respeitada a garantia da dignidade da pessoa humana e do acesso ao judiciário, é necessário o ressarcimento do vitorioso dos honorários advocatícios.

Senão, o particular terá de suportar condutas do poder público violadoras de direito ou, utilizando a via mandamental, ter de agüentar os altos custos dos honorários advocatícios (visto a realidade miserável brasileira), além dos efeitos negativos decorrentes do ato coator. A respeito, FARIAS (2002, p. 233-235) é bastante esclarecedor:

Enfim, o processualista do novo tempo tem como instrumento de trabalho o Texto Constitucional, avaliando os institutos processuais (como o princípio da sucumbência) à luz da nova tábua axiológica de valores dele emanada.

Trata-se em última análise, de estabelecer novos parâmetros para analisar as chamadas *questões de ordem pública*, relendo o direito processual civil (assim como todos os demais ramos da ciência) à luz dos influxos constitucionais, privilegiando-se, assim, na sua exegese (repita-se exaustivamente!) a *dignidade da pessoa humana* e a *garantia de desenvolvimento pleno da personalidade*, além dos *direitos sociais* e da *justiça distributiva* – valores prestigiados pela tábua axiológica emanada do Texto Maior.

Infere-se, desse modo, de forma indubitosa que negar honorários advocatícios ao particular-vencedor da ação mandamental fere sua *dignidade*, violando os princípios *sociais* e de *justiça distributiva*, por impor excessiva oneração à parte, além de quebrar a igualdade preconizada constitucionalmente.

(...)

Do contrário, restará violada a *efetividade* tão almejada pelo processo civil contemporâneo, eis que se tratará de “justiça manca”, incompleta, uma vez que o vitorioso no processo não terá recomposto integralmente o seu patrimônio, suportando indevidamente as despesas realizadas com o seu advogado.

Outra questão fundamental para que a garantia mandamental não seja amesquinhada é analisar se no mandado de segurança coletivo temos uma substituição processual ou legitimação ativa extraordinária por parte dos legitimados previstos no art. 5º, LXX. Quando tratar a segurança de interesse

restrito aos membros do órgão legitimado, estamos diante de uma mera substituição processual dos membros. Quando for mandado em prol de interesse não restrito aos membros, tratando de direito coletivos ou difusos, verifica-se uma legitimação ativa extraordinária pelos legitimados para propor ação de mandado de segurança coletivo.

Deve-se sempre entender o instituto de forma mais ampla possível, para que não seja subvertido. Pois uma interpretação equivocada restringiria seu campo de atuação, se em todos os casos reduzir a extensão de uma decisão, tão somente, àqueles que participem da organização legitimada que impetrou o mandado de segurança coletivo.

Assim, em regra, na busca de garantir efetivamente essa garantia constitucional, busca-se a prevalência do entendimento de que os legitimados para impetrar mandado de segurança coletivo agem com legitimação ativa extraordinária e que os efeitos da sentença não são restritos.

FERRAZ (1992, p. 37):

Conquanto a matéria, de regra, não tenha recebido o adequado tratamento doutrinário, é inequívoco que pode o Ministério Público impetrar o mandado de segurança naqueles casos em que a Constituição da República lhe atribui, como função institucional (art. 129), a defesa judicial de determinados direitos e interesses. Assim se dá, por ex. e notadamente, com relação às populações indígenas (art. 129, V). Mas não só. Se bem é verdade que disponha o Ministério Público da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III), a tutela de tais bens e interesses é tão prezada pelo ordenamento constitucional que, se se revelar mais expedito para tanto, em caso concreto, o mandado de segurança, inevitável será a possibilidade de sua utilização pelo *Parquet*.

FREITAS (2002, p.680) em um acórdão aplica esse entendimento ampliativo:

Assim, por exemplo, no MS 292/99²², em voto condutor do acórdão de minha lavra decidiu-se:

“O mandado de segurança ostenta natureza jurídica de ação de conhecimento, potenciada pela Constituição, na precisa lição de Ada Pellegrini Grinover. Por essas razões, a sua interpretação há de ser generosa, prestigiando a sua origem constitucional e, em última razão, o próprio Estado Democrático de Direito. Em caos de dúvida, o mandado de segurança deve ser admitido. Assim, mesmo diante da

²² BRASIL – TRT 9ª Região, Sessão Especializada II, MS 292/99, Acórdão 16.764, publicado no *DJPR* em 21.07.2000.

possibilidade concreta de interposição de recurso, mesmo com efeito suspensivo, é cabível o mandado de segurança diante de flagrante ilegalidade praticada pela autoridade coatora, pois a norma constitucional (art. 5º, LXIX, CF/88) não condiciona o cabimento do writ a qualquer outra exigência, não sendo admissíveis restrições dessa ordem de parte do legislador ordinário. Segurança concedida (ementa não oficial).”

Historicamente sempre se tentou restringir o uso do mandado de segurança, assim não foi diferente quanto ao veto presidencial ao art.85 do Código de Defesa do Consumidor que previa um mandado de segurança contra particulares a respeito dessa infelicidade ARENHART (2003 p. 222-223):

Por derradeiro, merece alusão a previsão, vetada no Código de Defesa do Consumidor, que contemplava expressamente um mandado de segurança contra particulares. De fato, tentou-se introduzir a regra no art.85 do CDC, tendo a previsão sido vetada pelo Sr. Presidente da República, sob o argumento de que a ação de mandado de segurança deve destinar-se exclusivamente à tutela de direitos públicos subjetivos. O fato bem demonstra a dificuldade com que ainda se trata da tutela mandamental no direito brasileiro. Indica o veto a preocupação com a ampliação do poder atribuído aos magistrados e a extensão da condição coercitiva das decisões judiciais.

Assim como começamos esse item, cabe lembrar que o mandado de segurança como remédio constitucional jamais deve ser restringido, ao contrario deve-se sempre buscar o maior campo de atuação e efetividade possível, FREITAS (2002, p. 680) sintetiza isso se reportando à Carlos Mário Velloso:

(...), em palavras que empresto para encerrar, que a grandeza constitucional do mandado de segurança, tão justa e felizmente acentuada pelo eminente Min. Carlos Mário Velloso, deve nos conduzir a interpretar o mandado de segurança sempre e sempre com a mais ampla largueza de vistas, e sobretudo, acima de tudo, sem a preocupação de ferrar-se a pruridos demasiado processualistas, que eventualmente poderiam militar em desfavor do seu cabimento.

3.7 A RELEVÂNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA NO ESTÁGIO ATUAL DAS REFORMAS.

A efetividade do mandado de segurança nos leva a refletir se somente deve ser interposto contra o Poder Público, pois seria mais lógico estender também contra o particular. Na doutrina comparada encontramos exemplos que caminha nessa direção, quanto o assunto, MARINONI (2001, p.57):

Na realidade, o mandado de segurança deveria poder ser utilizado contra qualquer pessoa, mesmo contra um particular, a menos que se deseje um processo efetivo contra o Poder Público e um processo não tão efetivo assim contra o particular.

O mandado de segurança possui similar, no direito argentino, no denominado “amparo”, o qual pode ser utilizado contra o Poder Público e o particular, seja no caso de violação já consumada ou de simples ameaça. É interessante perceber, segundo relato de NOEMI LIDIA NICOLAU, que na Argentina houve discussão sobre a admissibilidade do “amparo” contra particular e, mais do que isso, que a doutrina argentina reconheceu que a teorização da inibitória a partir do “amparo” somente foi possível após sua extensão aos atos dos particulares.²³

O mandado de segurança com seu caráter de ação potencializada, célere e efetivo ficou adstrito ao litígio público em evidente contradição com o litígio particular. TALAMINI (2005, p.312): “Daí que o juiz perante o qual se desenvolve o mandado de segurança sempre foi essencialmente o mesmo perante o qual se exercitam as ditas “vias ordinárias”. Jamais fez sentido a existência de um regime eficiente e rigoroso de tutela específica nos litígios públicos e sua ausência, como regra, para os conflitos privados.”

WAMBIER; WAMBIER; MEDINA (2005, p.29-30) traz algumas dos pressupostos para um processo “decente”, com relevante papel do juiz nesse contexto:

(a) Importância do bem jurídico em jogo: naturalmente, as regras processuais e a estrutura do Poder Judiciário devem estar preparadas para resolver rapidamente, por exemplo, questões em que estão no centro da discussão a vida e a saúde das pessoas, ou outros bens fundamentais. É que tais bens podem perecer, se não se resolver celeremente o litígio.

(b) Repercussão da solução jurídica para a sociedade: nos casos em que da solução judicial poderá resultar o ajuizamento de novas ações, deve o sistema incentivar o ajuizamento de ações coletivas, que permitam a unificação de litígios em uma só demanda, evitando-se, com isso, a existência de várias e diversificadas decisões judiciais, sobre um mesmo problema de Direito.

Nestes casos, impõe-se ao juiz *um peculiar modo de pensar* o Direito, levando em consideração não apenas a solução de “um” litígio, mas a repercussão que a sua decisão terá para os demais jurisdicionados, que poderão ver-se incentivados a ajuizar ações, porque se terá criado uma expectativa, em razão daquela decisão judicial. A massificação dos direitos, assim, é fator que não poderá passar despercebido, seja pelo legislador, seja pelo juiz.

(c) A concessão de liminar fundada em cognição sumária não esgota a tutela jurisdicional, *mas inverte o interesse na solução rápida do litígio*, que antes era do autor e, após a concessão da liminar, passa a ser do réu. Se é certo que deve haver uma “distribuição racional do tempo do processo”²⁴, sendo natural sob este prisma, que se

²³ NICOLAU, Noemi L. **La tutela inibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional**. La Ley, 1996, p. 1247.

²⁴ MARINONI, Luiz G. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**, item I, p. 13 s.

carregue o réu, ao menos em parte, com os ‘riscos de erro’, a concessão de liminar não deve ser considerada o auge do processo. Nas causas em que foi concedida a liminar, a resolução rápida do litígio impõe-se, sob pena de onerar-se excessivamente o réu com a demora da prestação jurisdicional.

(d) A criação legislativa de mecanismos que propiciem a realização mais rápida da tutela jurisdicional, naturalmente atribui maior poder de interpretação ao juiz, já que o legislador não é capaz de regular especificamente todas as situações carentes de tutela que emergem na sociedade. Este fenômeno exige participação maior do juiz na realização dos direitos subjetivos, que somente será proveitosa se se observarem algumas condições essenciais para tanto. Queremos com isso dizer que a aplicação dos princípios jurídicos que têm sido positivados pelas reformas recentes requer terreno fértil, sob pena de não se realizarem os objetivos indicados nos arts. 1º e 3º da Constituição Federal. Para tanto, pensamos que são imprescindíveis as seguintes condições, dentre outras: (a) o juiz deve ter sensibilidade social, mostrando-se estar realmente – e não virtualmente – inserido em um Estado Democrático de Direito; (b) o juiz deve fundamentar convincentemente as suas decisões, de modo que não apenas as partes ou os demais órgãos jurisdicionais (recorridos ou para as quais se recorrem) sejam persuadidos do acerto da decisão, *mas também a própria sociedade ou comunidade na qual o juiz se insere*; (c) o juiz deve ter *tempo* para se dedicar ao exame da causa; e (d) o Poder Judiciário deve se preocupar com *a estabilidade de suas decisões e orientações*. Não sendo assim, estarão fadadas a se frustrar as aspirações das reformas recentes, que, ajustando-se a um contexto constitucional mais amplo, ampliaram os poderes do juiz, como se viu.

Com a emenda constitucional nº45 de 2004, somente confirmou o que já era obvio: a necessidade de uma quantidade mínima de juizes de Direito e resolução dos litígios em um prazo razoável, mas que é sempre bom que sejam lembradas. A respeito dessa reformas, WAMBIER; MEDINA (2005, p.30-31):

O princípio consagrado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, assim, não terá aplicação satisfatória, por exemplo, se os juizes não tiverem tempo para proferir suas decisões. Ao mesmo tempo em que o Estado deve investir no aprimoramento dos juizes, capacitando-os regularmente para enfrentar os novos problemas jurídicos, deve propiciar a existência de quantidade condizente de juizes em proporção à *quantidade de litígios que urgem na sociedade*. O art. 93, XIII, inserido na Constituição Federal pela EC n. 45/2004, segundo o qual “o número de juizes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”, ajusta-se a esta aspiração. O mesmo se pode dizer do disposto no art. 93, II e, segundo o qual “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolve-lo ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

O Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) vigente tem enorme influência dos ensinamentos de Liebman, talvez o mais conhecido deles, seja a sobre teoria, elementos e condições da ação. O CPC brasileiro, porém, ao longo de sua vigência, a despeito de ser um monumento jurídico-científico, tem revelado descompasso com sua finalidade primeira, que é

a instrumentalização da obtenção do direito material. Falar-se em crise do processo civil ou crise do judiciário. A busca por aperfeiçoamentos tem gerado a edição de muitas leis federais com o objetivo de modificar o CPC.

É possível separar as modificações no CPC em 3 mini-reformas:

1) A mini-reforma de 1994/1995, que introduziu a antecipação de tutela (espécie de medida urgente, que se distingue das ações cautelares pela satisfatividade), Lei 8952/94, e reformulou o recurso de agravo (contra decisões interlocutórias), Lei 9139/1995(introduziu a tutela monitoria).

2) A mini-reforma de 2001/2002, modificou a regência de recursos como a remessa ex officio, o agravo, a apelação e os embargos infringentes, reduzindo em muito o espectro de cabimento deste último(Lei 10.352/2001). Ademais, houve preocupação em enrijecer as sanções por descumprimento de ordens judiciais (Lei 10358/2001), e, por fim, o aperfeiçaram-se as regras para antecipação de tutela, trazendo do direito francês as astreintes, com a finalidade de compelir o devedor de obrigação de fazer ao adimplemento in natura, estabelecendo-se a fungibilidade entre os provimentos cautelares e os antecipatórios de tutela, e modificando-se regras do processo de execução (Lei 10444/2002).

3) A mini-reforma de 2005/2006 reduziu o âmbito de cabimento do agravo de instrumento, fixando o agravo retido como regra geral (Lei 11187/2005), eliminou o processo de execução fundada em título judicial, incorporando-a como parte do processo de conhecimento, sob o título de "cumprimento da sentença" (Lei 11232/2005), criou a possibilidade de o tribunal, durante a apreciação do recurso de apelação, sanear nulidades relativas, ao invés de cassar a sentença e devolver ao juízo a quo, e instituiu a súmula impeditiva de recursos (Lei 11276/2006). Por fim, a instituição da possibilidade de o juiz,, de plano, julgar improcedente um pedido formulado desde que se trate de matéria de direito e sobre a qual já haja, no juízo, sentença de total improcedência (Lei 11277/2006).

A respeito dessas reformas setoriais do código vigente observamos que para além de modificações instrumentalistas na legislação, elas também são

acompanhadas de um aspecto ideológico, a magistratura também está vinculada a uma postura instrumentalista buscando uma resposta jurisdicional realmente útil. Em sua tese CUNHA (2000, p. 102-103) discorre brilhantemente sobre o tema:

Conquanto se cuide de mini-reformas ou de reformas setoriais no Código ainda vigente, o fato é que essas tendem a ser mais significativas pelo aspecto ideológico que as acompanha do que o novo modelo processual trazido pelo Código de Processo Civil de 1973 em relação ao Código de 1939. Comparando esses textos pela perspectiva deste fim do século, *vê-se que o Código de 1973 não alterou substancialmente o modelo processual existente, muito embora tivesse revestindo de melhor aspecto estético alguns institutos, aperfeiçoando outros e, sem dúvida introduzindo alguns progressos substanciais*²⁵. Já as reformas operadas no mesmo Código, a partir de 1992, encerraram o compromisso instrumentalista, inclusive o compromisso da própria magistratura que vem apoiando esta nova onda renovatória, afinada com a efetividade dos resultados, com a real utilidade de uma resposta jurisdicional que deve ser ágil no tempo e adequada em substância às pretensões de direito material. *A postura da neutralidade deve ser substituída pela postura da aplicação ética do direito*²⁶.

Apesar de todas as mudanças ocorridas ainda estamos longe de um processo que atenda as expectativas da população, estamos ainda muito longe da garantia constitucional de efetivo acesso a justiça, que somente tem sentido com tempestividade. Pondera MENDES (1998, p. 158-159):

Mas a Reforma do código de Processo civil não constitui um ponto de chegada. Com todas as inovações que trouxe, ainda ficou longe de proporcionar o processo célere que desejamos. A caminhada apenas começou. Os grandes progressos da dogmática processual ainda nos mantêm servos de um número muito grande de mitos que é preciso racionalizar com vista a uma justiça segura mas liberta de exageros preconceituosos que não contribuem para sua perfeição e a afastam do indispensável predicado da tempestividade. O processo civil de marca romanogermânica, que praticamos por influência dos sistemas da Europa continental, ainda é demasiadamente apegado a pressupostos individualistas ligados ao poder dispositivo das partes, o que atrela o juiz em medida exagerada às iniciativas desta e aos limites dessa iniciativa, sem meio hábeis a proporcionar-lhe maior agilidade na oferta da tutela jurisdicional a quem tem razão.

Existe uma visão conservadora da jurisprudência e parte de doutrina que não aplicam os dispositivos de CPC que sejam compatíveis com o mandado de segurança e venham a lhe dar maior efetividade e alcance, contudo há já forte corrente que pensa o contrário, como TALAMINI (2005, p.313):

²⁵ DINAMARCO, Cândido R. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. Ver. E ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 21-23.

²⁶ MARINONI, Luiz G. **A antecipação da tutela**. 4. ed. Ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21-23.

Por outro lado, a inserção do mandado de segurança na tradição do processo brasileiro evidencia não ser possível sustentar que sua disciplina jurídica seja estanque, incomunicável com a do processo civil em geral. Não procedem as construções destinadas a afastar-lhe a incidência das normas do Código de Processo Civil que sejam compatíveis com sua estrutura e função. No momento em que o regime geral do processo civil passou a conter, em determinados pontos, regras que atendem aos fins de efetividade da tutela e de acesso à justiça de modo mais completo do que a disciplina específica do mandado de segurança, estas têm de necessariamente lhe ser aplicadas (v.g., a multa diária prevista no art. 461, § 4º do CPC).

Para além das mudanças no texto de CPC, essas reformas nos mostram que também os operadores do direito acordaram para essa nova realidade e assim as mudanças são mais amplas, conforme esclarece CUNHA (2000, p. 107):

E estas modificações estruturais que se realizaram no sistema do CPC, traduzem uma mudança de mentalidade na concepção do processo civil brasileiro, cujos resultados dependem da compreensão, pelos operadores do direito, de que à alteração estrutural corresponde na verdade uma alteração funcional na tutela dos direitos ou possíveis direitos, porque está ínsita uma dimensão qualitativa ou substancial quanto ao modo de encarar a instrumentalidade do processo.

4 CONCLUSÃO

A sociedade está em constante mutação e, se o Direito não acompanhá-la, perde sua razão de ser. Nesse diapasão é importante analisar as reformas que o processo civil vem sofrendo e que ainda irá sofrer. E o mandado de segurança se constitui em autêntico paradigma para a compreensão das técnicas reformistas.

A atualidade do tema ainda se potencializa diante da recente emenda constitucional nº. 45 - a chamada emenda da reforma do judiciário - que incluiu no art. 5º, LXXVIII da CF a garantia da celeridade processual, pois diz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Na perspectiva desses avanços é que se deve examinar o mandado de segurança como paradigma - de índole até constitucional - das reformas processuais.

Com o presente trabalho demonstra-se que as perplexidades com as reformas recentes do processo civil não se justificam, pois há quase um século o mandado de segurança se dinamiza sem percalços através de técnicas similares.

Daí que as reformas trazidas pelo legislador processual do século XXI, podem ser assimiladas e aplicadas na esteira da legitimidade, operacionalidade, efetividade e constitucionalidade que sempre se reconheceu as técnicas especiais do mandado de segurança.

Nessa esteira o Mandado de Segurança tem uma figura de vanguarda quanto aos novos institutos que adentram ao Processo Civil.

Contudo passado mais de meio século da lei do Mandado de Segurança, inclusive sendo revogado o Código de Processo Civil de 1939 sob o qual aquela estava sob a égide e as diversas reformas que ocorreram posteriormente a 1973 (que podemos classificar em três épocas principais: 1995/96; 2001/02 ; 2005/06), deve-se aplicar os institutos previstos no processo civil que dêem maior efetividade e estiverem compatíveis como o caráter de ação potencializada do mandado de segurança, sob pena de limitarmos uma garantia fundamental prevista na constituição e que, portanto, deve ser interpretada da forma mais ampla possível.

Quando se chega nesse ponto do trabalho, entende-se pertinente a lição de Barbosa Moreira sobre um “processo socialmente efetivo”, para o glorioso mestre processo efetivo é (BARBOSA MOREIRA, 2004, p.15): “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que compete na economia do ordenamento jurídico. (...) Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.”

Mais adiante o ilustre jurista acrescenta o adjetivo “social” e apresenta dois pressupostos (BARBOSA MOREIRA, 2004, p.15-16):

De acordo com o primeiro, será socialmente efetivo o processo que se mostre capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça. Consoante o segundo, merecerá a denominação de efetivo, do ponto de vista social, o processo que consinta aos membros menos aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais.

Na busca da efetividade social do processo houve e ainda haverá importantes reformas nas leis, contudo de nada adiantara se não existir um engajamento por parte dos operadores do Direito, nesse contexto BARBOSA MOREIRA (2004, p.27) nos mostra sua reflexão a respeito do primordial papel do juiz no processo:

O domínio da técnica jurídica é predicado de que jamais se poderá prescindir num juiz; está longe, contudo, de ser bastante. Preparação adequada teria de incluir certa familiaridade com outros ramos de conhecimento humano, como a sociologia e a ciência política. As escolas de magistratura podem e devem tentar suprir lacunas e abrir novas perspectivas. Precisamos de juízes compenetrados da relevância social de sua tarefa e das repercussões que o respectivo desempenho produz no tecido da sociedade. Em época de crises reiteradas e de transformações profundas, como esta em que vivemos, o juiz vê-se convocado a dar mais que mero cumprimento pontual de uma rotina burocrática. Por difícil que seja, com a carga de trabalho que o oprime, corresponder a esse chamamento, não há como exonerá-lo de uma responsabilidade que a ninguém mais se poderia atribuir. Pois a verdade é que, sem a sua colaboração, por melhores leis que tenhamos, jamais lograremos construir um processo socialmente efetivo.

Espera-se, com esse trabalho, fomentar a discussão quanto à necessidade ou imprescindibilidade da generalização das técnicas processuais diferenciadas, pois desta compreensão depende a autenticidade da função jurisdicional e do

processo civil sob a ótica constitucional. Afinal o processo existe para a sociedade, e não a sociedade para o processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio C. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. Temas atuais de Direito Processual Civil v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBI, Celso A. **Do mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

_____. _____. Ed. Revista e aumentada por Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Mandado de Segurança na Constituição de 1988. In: TEXEIRA, S. de F. **Mandados de Segurança e de Injunção**. Saraiva, 1990.

_____. Sujeito Passivo no Mandado de Segurança. In: **Revista dos Tribunais**. V. 589, nov. 1984.

BARBOSA, Ruy. **Posse dos Direitos Pessoais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Simões, 1959.

BARBOSA MOREIRA, JOSE C. **Temas de Direito Processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELNIAKI, Elisane. et al. sob orientação do professor Alcides Alberto Munhoz da Cunha. O Mandado de Segurança e as novas técnicas de sumarização. **Revista Jurídica Themis**, Curitiba, n.º 9, p.79-94, 1996-1997.

BRASIL. Lei n. 1533, de 31 de dezembro de 1951. Altera Disposições do CPC, Relativas ao Mandato de Segurança.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**. Tradução de: Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. São Paulo, n. 5, p. 128-159, jan./mar 1977.

CINTRA, Antônio C. A.; GRINOVER, Ada P.; DINARMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001.

CUNHA, Alcidez M da. A evolução das ações coletivas no Brasil. In: **Revista de Processo**, n. 77, p. 224-235, jan./mar, 1995.

_____. **O Regime Jurídico da Tutela Cautelar e o Regime das Tutelas de Cognição Sumária**. Curitiba, 2000.

DINAMARCO, Cândido R. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

_____. Mandado de Segurança e Acesso à Justiça. In: BUENO, Cássio S. (Coord.); ALVIM, Eduardo A. (Coord.); WABIER, Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 753-772.

FIUZA, Ricardo A. M. Mandado de segurança: notícia histórica. In: TEXEIRA, Sálvio. de F. **Mandados de Segurança e de Injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 41-65.

FRANCO, Fernão B. A Execução de sentença “mandamental” e de obrigação de fazer: possibilidade de prisão como meio coercitivo. In: BUENO, Cássio S. (Coord.); ALVIM, Eduardo A. (Coord.); WABIER, Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 354-366.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUIMARÃES, Ary F. O mandado de segurança como instrumento de liberdade civil e de liberdade política. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, a.19, n.19, p. 5-16. Curitiba, 1978.

LEAL, Rosemiro P. Fundamentos da liquidez e certeza na constitucionalidade econômica. In: BUENO, Cássio S. (Coord.); ALVIM, Eduardo A. (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 748-752.

MACIEL, Adhemar F. Observações sobre Autoridade Coatora no Mandado de Segurança. In: **Revista dos Tribunais**. v. 618, abr. 1987.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2. ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. O Custo e o tempo do Processo Civil Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Porto Alegre: Síntese, v. 36, 2001.

MEIRELLES, H. L. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e “Habeas-data”**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MENDES, Francisco de A. F. A Atividade Jurisdicional e a Racionalização da Justiça. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, a. 30, n. 30, p. 151-162. Curitiba, 1998.

PACHECO, José da Silva. **O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULA, Adriano P. de. Do Procedimento do Mandado de Segurança Coletivo. In: BUENO, Cássio S. (Coord.); ALVIM, Eduardo A. (Coord.); WABIER, Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28-37.

ROCHA, Carmen L. Justiça e Jurisdição. **Minas Gerais - Noticiário Judiciário**, Belo Horizonte: 21 de Março de 1989, p. 6.

ROCHA, J. de M. **Mandado de segurança: a defesa dos direitos dos individuais**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

SIDOU, Othon, J. M. **“Habeas Corpus”, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação Popular**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TALAMINI, Eduardo. A Efetivação da Liminar e da Sentença no Mandado de Segurança. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36. ano 33. Curitiba: Síntese. p. 233-245, 2001(a).

_____. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001(b).

_____. **Tutela Monitória: a ação monitória – Lei 9.079/95**. v. 37. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001(c).

_____. As origens do Mandado de Segurança na tradição processual luso-brasileira. . In: BUENO, Cássio S. (Coord.); ALVIM, Eduardo A. (Coord.); WABIER, Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 286-316.

TEXEIRA, Sálvio de F. T. Mandado de Segurança. In: **Revista dos Tribunais**. V. 624. out. 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.

VELLOSO, Carlos M. da S. Do Mandado de Segurança. In: **Revista de Processo**, n. 18, p. 167-184, abr./jun., 1980.

_____. As novas garantias constitucionais: o mandado de segurança coletivo, o “habeas data”, o mandado de injunção e a ação popular para defesa da moralidade administrativa. In: **Revista dos Tribunais**. Vol. 644, jun. 1989.

WAMBIER, Luiz R.; WAMBIER, Teresa A. A.; MEDINA, José M. G. **Breve Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa A. A. (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 749-754.

Estou de acordo com a versão da monografia de conclusão de curso de Eduardo Guilherme Reiner.

Alcides Alberto Munhoz da Cunha
Orientador