

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDA ARANHA HAPNER

**MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL  
SOB A ÓTICA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA**

CURITIBA  
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO

**MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL  
SOB A ÓTICA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Aluna: Fernanda Aranha Hapner

Orientador: Prof. Dr. Manoel  
Caetano Ferreira Filho

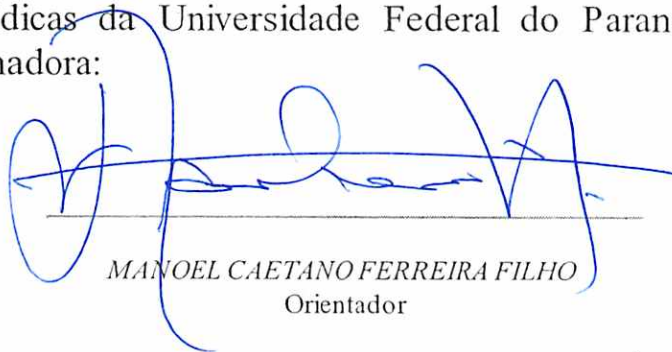
CURITIBA  
2013

# TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA ARANHA HAPNER

## MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL SOB A ÓTICA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



---

MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO  
Orientador

---



Coorientador

---

ELTON VENTURI - *Direito Civil e Processual Civil*  
Primeiro Membro



---

JULIANA PONDÉ FONSECA  
Segundo Membro

*À mes parents,  
qui ici ont fait se poser  
une âme voyageuse  
lors de son premier vol  
sous la forme d'un papillon*

*“L’humanité est comme un grand arbre, tout bruissant de mouches irritées sous un ciel d’orage, et dans ce bourdonnement de haine, la voix profonde et divine de l’univers n’est plus entendue.” (Le matin des magiciens) Louis Pauwels*

## RESUMO

Apesar da primeira previsão no ordenamento jurídico, na Constituição da República de 1934, da disciplina do mandado de segurança, não ter tratado expressamente do cabimento do *writ* contra ato judicial (como ainda não é na Constituição de 1988), os estudos da doutrina e jurisprudência demonstram, hoje, ser uma hipótese plenamente adequada à realidade do ordenamento brasileiro. As discussões sobre as hipóteses de cabimento do instituto dentro do processo civil evoluíram na mesma medida das reformas do Código (CPC). A polêmica sobre seu cabimento já foi muito pertinente junto à disciplina do agravo, quando ainda despido da possibilidade de lhe ser atribuído efeito suspensivo. Hoje, sua disciplina legal encontra-se na Lei 12.016/2009, revogando a antiga Lei 1.533/1951. A doutrina demonstra sua preocupação em adequar o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial dentro do sistema processual civil brasileiro, evitando que o remédio constitucional se transforme em uma panaceia judiciária, utilizado para suprir as falhas do legislador. A partir do estudo da disciplina do agravo, da tutela de urgência e mais especificamente, da disciplina legal do próprio *writ*, busca-se demonstrar quais hipóteses comportam o cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial dentro da disciplina legal atual do instituto, no processo civil, mais especificamente, sob a perspectiva do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

**Palavras-chave:** mandado de segurança contra ato judicial; agravo; tutela de urgência; tutela jurisdicional efetiva.

## RÉSUMÉ

*Malgré la première prévision du bref de mandamus dans le ordre juridique, dans la Constitution Républicaine de 1934, n'avoir pas expressément abordé la possibilité du writ contre l'acte judiciaire (de la même façon qui n'est pas abordé dans la Constitution de 1988), les études de la doctrine et de la jurisprudence montre que ce institut est, aujourd'hui, une hypothèse parfaitement appropriée dans l'ordre juridique brésilienne. Les débats à propos des hypothèses de la possibilité de cet institut dans le processus civil ont évolué dans la même mesure que les réformes du Code de Processus Civil (CPC). La polémique à propos de sa possibilité a été déjà très polémique dans ce qui concerne l'appel, quand son effet suspensif n'était pas possible . Aujourd'hui, ses règles sont établi par la Loi 12.016/2009, qui a révoqué l'ancienne Loi 1.533/1951. La doctrine est préoccupé avec l'adéquation de la possibilité du bref de mandamus contre acte judiciaire dedans le système du processus civile brésilien, évitant que le remède constitutionnel se transforme dans une panacée judiciaire utilisé pour remplacer les fautes du législateur. Avec l'étude de la discipline de l'appel, de la tutelle d'urgence et plus spécifiquement de la discipline du writ, nous cherchons à démontrer quels hypothèses comprendre la possibilité du bref de mandamus contre décision judiciaire dans la discipline légale de l'institut, dans le processus civil, plus spécifiquement sous la perspective du principe de la tutelle juridictionnelle effective.*

**Les mots clés:** *bref de mandamus contre décision judiciaire; l'appel; tutelle d'urgence; tutelle juridictionnelle effective.*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2 MANDADO DE SEGURANÇA</b>	<b>11</b>
2.1 MANDADO DE SEGURANÇA COMO AÇÃO CONSTITUCIONAL	11
2.2 DISCIPLINA LEGAL	13
2.2.1 Direito individual, líquido e certo; objeto; ato de autoridade	13
2.2.2 Juízo competente	14
2.2.3 Legitimidade	15
2.3 MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL	15
<b>3 DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E A TUTELA DE URGÊNCIA</b>	<b>21</b>
3.1 DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
3.2 A IMPORTÂNCIA DA TUTELA DE URGÊNCIA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO	22
<b>4 O RECURSO DE AGRAVO</b>	<b>26</b>
4.1 O AGRAVO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973	26
4.2 A REFORMA DA LEI 9.139/1995	29
4.3 O EFEITO SUSPENSIVO	32
4.4 REFORMAS SUBSEQUENTES (LEI 10.352/2001 E 11.187/2005)	34
<b>5 O CENÁRIO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL SEGUNDO A OBRA DE TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER</b>	<b>37</b>
5.1 A APELAÇÃO DESPROVIDA DE EFEITO SUSPENSIVO E CASOS NÃO PREVISTOS EXPRESSAMENTE PELO ART. 520	39
5.2 “EFEITO SUSPENSIVO” A RECURSO INTERPOSTO CONTRA ATO NEGATIVO	40
5.3 MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR TERCEIRO PREJUDICADO	41
<b>6 HIPÓTESES MAIS RELEVANTES DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO ATUAL SOB A PERSPECTIVA DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA</b>	<b>42</b>



6.1	DECISÃO DO RELATOR QUE CONCEDE OU NÃO EFEITO SUSPENSIVO OU ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL	42
6.2	DECISÃO QUE CONVERTE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO	43
6.2.1	A opção do legislador pelo agravo retido	44
6.2.2	A efetividade do processo sob a ótica da conversão do agravo de instrumento em agravo retido	44
6.2.3	Solução proposta por Teresa Wambier	46
6.2.4	A solução proposta no novo CPC	47
6.3	DECISÃO JUDICIAL DA QUAL CAIBA RECURSO SEM EFEITO SUSPENSIVO	48
7	<b>POLÊMICA ENTRE O DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA E A ADEQUABILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA AO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO</b>	<b>50</b>
8	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>57</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>59</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A partir de uma abordagem não exaustiva sobre o instituto do mandado de segurança, o recurso de agravo e o mecanismo da tutela antecipada, o presente trabalho tem como principal objeto o estudo do mandado de segurança contra ato judicial, no processo civil, segundo a perspectiva da tutela jurisdicional efetiva.

O mandado de segurança, atualmente, encontra-se disciplinado pela Lei 12.016/2009. Durante quase sessenta anos, no entanto, o instituto foi regido pela Lei 1.533/51. Os dispositivos legais analisados, não em sua integralidade, mas que se destacam dentro do objeto do presente estudo, são os que versam sobre o objeto da ação, legitimidade, configuração do pólo passivo e competência para o julgamento.

A abordagem do recurso de agravo não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apresentá-lo dentro dos limites da sua importância no desenvolvimento dos estudos sobre o mandado de segurança contra ato judicial. Mostra-se pertinente uma sucinta apresentação do recurso, a diferenciação das modalidades do agravo e, finalmente, a evolução de sua disciplina legal, a partir das reformas legislativas realizadas em 1995, 2001 e 2005.

A importância da tutela antecipada se estabelece em duas questões a serem tratadas: seu papel juntamente ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, enquanto instrumento imprescindível para adequada apreciação, pelo magistrado, de questões urgentes; a diferença dos seus critérios de utilização em relação à impetração do mandado de segurança contra decisão judicial. Desde a incorporação no sistema processual brasileiro da modalidade da tutela antecipada, as hipóteses de cabimento do *writ* se tornaram muito mais restritas, devendo a comunidade jurídica observar atentamente as diferenças entre os dois institutos.

Finalmente, tomando por base as pesquisas feitas no trabalho de Teresa Arruda Alvim Wambier, concretamente sobre as hipóteses de cabimento do mandado de segurança contra ato judicial, assim como a Lei 12.016/2009, delimita-se os conflitos processuais que ainda demonstram a necessidade da utilização do *writ*.

Há especial preocupação em apontar a dificuldade em conciliar a importância constitucional da ação do mandado de segurança com a percepção da necessidade de sua utilização dentro do sistema processual, principalmente para a

tutela das questões de urgência, hipótese em que o princípio da tutela jurisdicional efetiva aparenta padecer, em certa medida, de fragilidades apontadas tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

## 2 MANDADO DE SEGURANÇA

### 2.1 MANDADO DE SEGURANÇA COMO AÇÃO CONSTITUCIONAL

A ação do mandado de segurança está prevista no art. 5, LXIX da Constituição Federal com o objetivo de garantir a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, que não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*.

Diante dos abusos de autoridade que possam ocorrer no exercício de algum dos poderes pelos agentes públicos, em prejuízo de direitos e interesses individuais ou coletivos<sup>1</sup>, o constituinte previu os chamados *remédios constitucionais* como meio de provocar a intervenção das autoridades competentes em busca de corrigir a ilegalidade ou abuso de poder praticada por aquele. Pela simples razão de constituírem meios de provocar a atividade jurisdicional, denominou-as a doutrina de ações constitucionais, dentre as quais se enquadram o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção e o mandado de segurança, entre outros.

Essas ações têm como principal objetivo a limitação da atuação do Poder Público. Explica JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>2</sup>:

São garantias constitucionais na medida em que são instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados ou em via de ser violados ou simplesmente não atendidos. Tais remédios atuam precisamente quando as limitações e vedações não foram bastantes para impedir a prática e atos ilegais e com excesso de poder ou abuso de autoridade. São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de *remédios*, e *remédios constitucionais*, porque consignados na Constituição.

Conjuntamente a essas ações, o mandado de segurança se enquadra dentre as garantias constitucionais, como meio destinado a garantir a eficácia dos direitos, assegurando exercício e gozo de seus bens e vantagens.

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, essas garantias diferenciam-se em duas categorias: as garantias constitucionais gerais ou garantias constitucionais especiais.

As primeiras são descritas pelo autor como instituições constitucionais, que se inserem no sistema de freios e contrapesos dos poderes, com a finalidade de, ao mesmo tempo, impedir o arbítrio e assegurar a eficácia das normas “conferidoras dos direitos fundamentais”. Como exemplo dessa espécie, cita normas que

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança e ações constitucionais, p. 29

<sup>2</sup> AFONSO DA SILVA, José. , p. 442

garantam a rigidez de uma constituição e a previsão dos direitos fundamentais, a garantia desses direitos ou, ainda, as normas sobre a independência dos poderes.

As garantias constitucionais especiais, por sua vez, são “prescrições constitucionais” que conferem aos titulares dos direitos fundamentais instrumentos que assegurem sua exigibilidade, eficácia e aplicabilidade. Nesta categoria se enquadra o instrumento do mandado de segurança<sup>3</sup>.

Basicamente, as garantias fundamentais, portanto, se diferenciam dos chamados direitos fundamentais pelo caráter instrumental daquelas, como meios assecuratórios e garantidores da fruição dos direitos fundamentais.

A grande importância do instrumento do mandado de segurança está no papel garantidor das eficácias dos direitos fundamentais, em que sua “condição de ‘cláusula pétrea’, aliada ao postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF), constitui justamente elemento caracterizador essencial de sua força jurídica reforçada na ordem constitucional pátria”<sup>4</sup>.

Ademais, como salienta SÉRGIO FERRAZ, o mandado de segurança é tido como um dos principais instrumentos de acesso à justiça pelo cidadão. Apesar de direcionar seu estudo ao mandado de segurança coletivo, explica o *writ* representar o mais célere e econômico meio de acesso à Justiça<sup>5</sup>.

A importância dessa ferramenta constitucional não escapou aos juristas clássicos. RUY BARBOSA, ao diferenciar os conceitos de direitos e garantias, propunha<sup>6</sup>: “as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder”.

O mandado de segurança configura, portanto, um remédio constitucional, cuja natureza, por sua vez<sup>7</sup>, será de ação civil posta à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

---

<sup>3</sup>AFONSO DA SILVA, José. , p. 413

<sup>4</sup>SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 422

<sup>5</sup>FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança e acesso à justiça, p. 755. O autor explica a importância de características da ação tais como as custas processuais reduzidas ou a inexistência de condenação a honorários advocatícios.

<sup>6</sup>BARBOSA, Ruy. República: Teoria e Prática, p. 483

<sup>7</sup>AFONSO DA SILVA, José. , p. 447-448 e MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança e ações constitucionais, p. 29

## 2.2 DISCIPLINA LEGAL

Após a Lei 191/36, a legislação infraconstitucional a disciplinar a ação do mandado de segurança foi a Lei 1.533/1951. Vigente por quase sessenta anos, foi revogada pela Lei 12.016/2009, lei que atualmente disciplina o instituto. Cumpre, para os efeitos dessa pesquisa, destacar aspectos nucleares da ação mandamental, tais como a definição de direito individual, líquido e certo; a compreensão do conceito de ato de autoridade; do objeto da ação; a competência para o julgamento e a legitimidade (ativa e passiva). É do que se passa a tratar.

### 2.2.1 Direito individual, líquido e certo; objeto; ato de autoridade

O direito individual é aquele pertencente de forma restrita ao impetrante. Não poderá ser o pleito estendido em nome de coletividade da qual o indivíduo faça parte ou sobre direito de outrem<sup>8</sup>. JOSÉ AFONSO DA SILVA explica a questão da individualidade da ação<sup>9</sup>:

Visa, como se nota, amparar direito pessoal líquido e certo. Só o próprio titular desse direito tem legitimidade para impetrar o mandado de segurança individual, que é oponível contra qualquer autoridade pública ou contra agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, com o objetivo de corrigir ato ou omissão ilegal ou decorrente de abuso de poder.

Além de individual, deve o direito pleiteado vir revestido das características de liquidez e certeza. HELY LOPES MEIRELLES explica: “o direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos para propiciar a aplicação do direito invocado pelo postulante.” Imprescindível, portanto, que o direito pretendido seja demonstrado de plano pela parte impetrante, através de documentos, como requisito de admissibilidade da ação. Não provado o direito ser líquido e certo (ou melhor, o fato), o mandado de segurança não será conhecido. Por essa razão se defende que no mandado de segurança a prova deve ser pré-constituída.

---

<sup>8</sup> Hipóteses a que dever-se-ia recorrer à utilização do mandado de segurança coletivo, ação civil pública ou ação popular. (HELY LOPES MEIRELLES, p. 36)

<sup>9</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, p. 446

O objeto do qual se trata a ação do mandado de segurança é a correção de ato ou omissão de autoridade, ilegal e ofensivo a direito líquido e certo do impetrante.

Por fim, a lei exige que a ilegalidade ou abuso de poder seja ato praticado por autoridade. O ato de autoridade objeto do mandado de segurança será a manifestação ou omissão do Poder Público, ou de seus delegados, no exercício de suas funções. HELY LOPES MEIRELLES define autoridade como “pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal”.

Sobre a autoridade judicial, desde a edição da Lei 12.016/2009 não há mais discussão sobre sua legitimação ou não para o pólo passivo. Configuram atos de autoridade passíveis de mandado de segurança os atos judiciais, nos termo da lei<sup>10</sup>.

### 2.2.2 Juízo competente

A competência para julgar o mandado de segurança é definida pela categoria da autoridade coatora e por sua sede funcional<sup>11</sup>. Está prevista na Constituição e nas leis de organização judiciária.

Voltando-se a tratar da competência para julgar ação mandamental proposta contra ato judicial, mostra-se imprescindível que a ação seja proposta perante juízo em posição de revisor, em grau superior ao da autoridade da qual se busca a realização do ato. ADA PELLEGRINI GRINOVER, a propósito, destaca que<sup>12</sup> “a competência para conhecê-la e julgá-la será do órgão jurisdicional competente para rever, em grau de recurso, as decisões do juiz ou tribunal cujo ato foi atacado pelo *writ*”<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Art. 5, I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

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

III - de decisão judicial transitada em julgado.

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança e ações constitucionais, p. 83

<sup>12</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, p. 235

<sup>13</sup> PACHECO, Alexandre S. O mandado de segurança contra ato judicial e a reforma do agravo de instrumento empreendida pela Lei 11.187/2005, p. 12

### 2.2.3 Legitimidade

O mandado de segurança poderá ser impetrado por toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para a proteção do direito (individual ou coletivo). Não apenas pessoas físicas ou jurídicas poderão ser impetrantes do mandado de segurança, como também órgãos públicos despersonalizados, quando dotado de capacidade processual (ex.: Chefias dos executivos, Presidências das Mesas dos Legislativos)

Há divergência na doutrina sobre a composição do pólo passivo da ação do mandado de segurança contra ato judicial: se deve ser composto pela autoridade coatora ou pelo órgão por ela integrado. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA defende que é a pessoa jurídica “em cujos quadros se insere a autoridade coatora”<sup>14</sup>.

Prevalece o entendimento de que também são aptas a compor o polo passivo do mandado de segurança, seja na prática de atos administrativos, seja na tomada de decisões judiciais que “lesem direito individual ou coletivo, líquido e certo do impetrante”<sup>15</sup>. O juiz corresponderá à autoridade coatora e parte passiva, ao mesmo tempo.

## 2.3 MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

Desde o Código de Processo Civil de 1939 a comunidade jurídica discute as diferentes hipóteses de utilização do mandado de segurança contra ato judicial dentro do sistema processual. Atualmente, não há mais dúvida sobre a possibilidade da impetração contra decisão judicial, pois a Lei 12.016/2009, que disciplina o instituto, trata expressamente da autoridade judicial no polo passivo da demanda.

Em primeiro lugar, importante trazer os ensinamentos de KAZUO WATANABE, por sua posição pioneira nos estudos do instituto, em que explicou a razão que o motivou ao estudo<sup>16</sup>:

---

<sup>14</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Direito processual civil – Ensaio e pareceres, p. 241

<sup>15</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança e ações constitucionais, p. 30

<sup>16</sup> WATANABE, Kazuo, Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais, p. 89



Senti que só o fundamento da “teratologia jurídica”, conceito bastante fluido, com que eram e são concedidas ou denegadas as seguranças, é insuficiente para o julgamento, com coerência e acerto, de todas as impetrações.

Há alguns requisitos que devem ser observados para o cabimento e procedência da ação.

O primeiro fator, segundo NELSON NERY, é o vício presente no ato jurisdicional objeto do mandado de segurança. Quando se tratar de um vício de ordem processual, a ilegalidade deve ser evidente, flagrante, não havendo dúvida então, em tese, sobre o cabimento do remédio constitucional. Neste requisito se encontra a principal diferença entre as hipóteses de cabimento do mandado de segurança e da tutela de urgência. Para esta não haverá necessidade de direito líquido e certo, bastando o *fumus boni iuris*<sup>17</sup>.

Além da exigência da apresentação do direito de forma líquida e certa para se aceitar o cabimento do *mandamus*, outro requisito seria a inidoneidade do recurso para evitar dano irreparável ou de difícil reparação à parte atingida pela ilegalidade do ato do juiz. NELSON NERY aponta como exemplo de flagrante ilegalidade a decisão do magistrado que negasse seguimento ao agravo, antes da reforma de 1995, segundo redação antiga do art. 528, CPC. Deixar o juiz de atender o comando da lei e indeferir o processamento do agravo constituirá flagrante ilegalidade passível de ser impugnada pela impetração do *writ*.

O mandado de segurança foi concebido como remédio constitucional, como uma garantia do cidadão contra os abusos das autoridades, do Poder Público, nos casos subsidiários das ações do *habeas corpus* e *habeas data*. Apesar da finalidade delimitada pela Constituição Federal, não tardou a prática jurídica a aceitar seu cabimento contra decisão judicial.

O conceito de autoridade inicialmente previsto era restrito e não abrangia a autoridade judicial. No entanto, logo a doutrina e as decisões dos Tribunais encontraram resposta na sua utilização para diversos casos em que a parte, no decorrer do processo, encontrava-se diante de uma situação de abuso de poder pelo magistrado.

Objeto de controvérsias por um longo período, em que se discutiu diversos aspectos do *mandamus* para aferir a real hipótese de seu cabimento, os juristas

---

<sup>17</sup> NELSON NERY. Teoria geral dos recursos, pp. 404-405

dividiam os vários períodos de discussão em “fases” de estudos sobre o mandado de segurança.

O *writ* surgiu no ordenamento brasileiro na Constituição de 1934, de forma a suprir a recente mudança no objeto do *habeas corpus*, que passou a ser restrito apenas aos atos atentatórios do poder público contra a liberdade de locomoção. A previsão de 1934, no entanto, limitava a impetração do mandado de segurança à demonstração de manifesta ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato praticado.

A mudança ocorrida no texto da Constituição de 1946 definiu o mandado de segurança de forma mais ampla. Além de admitir sua utilização na modalidade preventiva, admitiu a inclusão da autoridade judicial no pólo passivo, ao utilizar termo genérico para a definição: “proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, **seja qual for**<sup>18</sup> a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.<sup>19</sup>”

TERESA WAMBIER divide em cinco diferentes fases o estudo acerca do reconhecimento da autoridade judicial no polo passivo da ação do mandado de segurança.

A primeira fase persistiu até a promulgação da Lei 1.533/1951, que passou a disciplinar o instituto. Debatia-se se o *writ* poderia ser interposto contra ato do juiz. A doutrina questionava se a autoridade judiciária estaria ou não compreendida no conceito de autoridade previsto na Constituição Federal. A base para a discussão era o texto do art. 141, §24 da CF de 1946<sup>20</sup>.

A partir da sanção da Lei 1.533/1951, no entanto, há referência expressa à possibilidade de cabimento de mandado de segurança contra ato do juiz<sup>21</sup>. A discussão, portanto, torna-se ultrapassada e surge uma nova polêmica: se a existência de recurso cabível contra determinado ato obstará ou não a utilização do mandado de segurança. Inaugura-se a segunda fase.

A discussão da doutrina e a construção da jurisprudência sobre o cabimento do remédio constitucional contra decisão judicial, a partir da edição da Lei 1.533/51, passaram a indagar sobre o cabimento ou não de recurso contra determinada decisão (pois ainda não eram todas as decisões judiciais que admitiam recurso), o que afastaria, em tese, o cabimento do *writ*. Seria necessário que o mandado de

---

<sup>18</sup> Grifos nossos

<sup>19</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança e ações constitucionais, p. 148

<sup>20</sup> WAMBIER, Teresa. Os agravos no CPC brasileiro, p. 417

<sup>21</sup> Art. 5, II da Lei 1.533/51

segurança fosse o único meio idôneo para impugnar o ato judicial, de forma a justificar o seu cabimento<sup>22</sup>.

A redação do art. 5.º, II da Lei 1.533/51 previa que não caberia mandado de segurança quando o ato se tratasse: “de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção”.

O texto legal ainda trazia a figura da correção parcial, que também fazia parte da polêmica da época. A medida representa um instrumento administrativo (e não processual) previsto em leis de organização judiciária ou nos regimentos internos dos Tribunais. Vinha sendo utilizado como verdadeiro recurso no sistema de 1939, ensejando a discussão sobre sua constitucionalidade.

NELSON NERY defendia a inconstitucionalidade da medida<sup>23</sup>, além de desnecessária em vista da suficiência do sistema recursal. Ademais, posicionava-se favoravelmente à utilização do mandado de segurança, outro instrumento processual a completar o sistema, o que apenas enfatizaria a falta de justificativa para a utilização da correção<sup>24</sup>.

Parece-nos que o atual sistema de impugnações do CPC bem como o writ constitucional do mandado de segurança atendem plenamente aos anseios do jurisdicionado, no que toca à correção dos atos abusivos do juiz, que possam causar dano irreparável ou inversão tumultuária do procedimento. É que no sistema vigente cabe o recurso de agravo de toda e qualquer decisão interlocutória proferida no processo. A recorribilidade das interlocutórias, é, portanto, ampla, não se justificando a subsistência do instrumento espúrio e inconstitucional da correção parcial.

O autor reconhece a inconstitucionalidade da correção parcial com base em dois fundamentos principais. Primeiramente, ao se considerar a medida processual, atenta contra a Constituição Federal, que confere competência legislativa em matéria processual privativamente à União. Por outro lado, caso considerada medida administrativa, estaria infringindo a independência da função jurisdicional, pois estaria sujeitando seus atos a controle por órgão administrativo.

A medida foi, aos poucos, sendo incorporada pelos Regimentos Internos dos Tribunais, como norma administrativa, tal como prevista na lei de organização da

---

<sup>22</sup> WAMBIER, Teresa. Os agravos no CPC brasileiro, p. 414

<sup>23</sup> Acompanhado por Frederico Marques, A correção parcial, in Revista Jurídica, 19/35; Buzaid, Parecer, in RF 175/90; Batista Martins, Recursos e processo da competência originária dos tribunais, Rio de Janeiro, 1957, n. 114, p. 156; Arruda Alvim, Correção Parcial, in RT 452, p. 11-20; Malachini, Correção Parcial, verbete no dig. Proc., 2ºv., Rio de Janeiro, 1982, n. 7, P. 271. Moniz de Aragão se refere como um recurso “clandestino” (Correção parcial, p. 54)

<sup>24</sup> NERY, Nelson. Correção parcial, pp. 65-66

Justiça Federal (art. 6.º, I, Lei 5.010/1966). A nova lei do mandado de segurança, todavia, eliminou a correição como causa de não cabimento do *writ*.

Apesar da discussão, à época, por parte da doutrina, da possibilidade ou não de impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional, a partir de 1973 todas as decisões judiciais seriam impugnáveis via recurso, deixando inócuo o dispositivo legal que apenas autorizava o cabimento do mandado de segurança nos casos em que não houvesse previsão para apreciação da decisão em nível recursal. Portanto, a nova discussão ensejada pela doutrina e jurisprudência diria a respeito aos novos requisitos para a impetração do mandado de segurança contra decisão que, apesar de passível de recurso, demandaria tutela via o remédio constitucional.

Inaugurou-se a terceira fase, a partir do Código de Processo Civil de 1973, estando superada a discussão acerca da possibilidade ou não do cabimento do *writ* contra decisão da qual cabe recurso, uma vez que todas as decisões se tornaram passíveis de impugnação pela via recursal<sup>25</sup>. A discussão sobre a possibilidade ou não para a impetração do mandado de segurança migrou para a análise do conceito de “prejuízo irreparável”. A decisão do juiz deveria se enquadrar neste conceito, de prejuízo ou lesão de difícil ou impossível reparação, para ensejar o cabimento do mandado de segurança.

A observação do perigo de prejuízo de difícil reparação de determinada decisão judicial ocorreria através possibilidade ou não de suspender seus efeitos, ou de sua efetiva concretização no plano fático, de modo a tutelar os interesses dos jurisdicionados. Dever-se-ia observar concretamente os interesses em jogo.

O Supremo Tribunal Federal fixou essa tese na decisão do RE 78.000, rel. Min. DJACI FALCÃO, v.u., RTJ 74/473. Apesar da existência de recurso de determinada decisão, sua inaptidão para reparar dano causado por decisão cuja ilegalidade pudesse ser demonstrada de plano, seria o requisito para o cabimento do mandado de segurança. A Súmula 267 do STF<sup>26</sup> não era mais observada, bastando demonstrar que o recurso cabível não seria suficiente para afastar a lesão decorrente do ato ilegal<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Também não caberia recurso dos despachos de mero expediente, pois desprovidos de conteúdo decisório.

<sup>26</sup> “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

<sup>27</sup> WABIER, Teresa. Os Agravos no CPC brasileiro, p. 419

Após a reforma da Lei 9.139/95, todavia, que trouxe a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo para praticamente todos os recursos, pelos artigos 558 e 520 do CPC na época, a discussão deixou de ser pertinente.

Não se descarta a possibilidade do cabimento quando, nas leis extravagantes, afasta-se a possibilidade de interpor recurso contra as decisões interlocutórias, como ocorre no caso dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95)<sup>28</sup> e no processo trabalhista<sup>29</sup>.

Apesar da utilidade didática da divisão dos estudos sobre mandado de segurança, teria a mesma, pouca importância prática, pois, conforme explica TERESA WAMBIER, analisariam o mandado de segurança sob apenas uma de suas facetas, ignorando outros fatores que seriam imprescindíveis para aferir suas reais condições de cabimento.

Segundo a autora, após a Reforma de 1995 do CPC, poder-se-ia falar na inauguração de uma quarta fase e, a partir de 2005, uma quinta, em que se passa a discutir as novas possibilidades de cabimento do mandado de segurança, especialmente em relação às alterações do regime do agravo.

A partir da análise do resultado da evolução das leis, é possível generalizar as hipóteses de cabimento do mandado de segurança às situações que preenchem os requisitos constitucionais e que estejam desprotegidas pela lei, não deixando ao jurisdicionado outra alternativa. Explica TERESA WAMBIER<sup>30</sup>:

Estando preenchidos, na situação concreta, os requisitos de natureza constitucional (ato ilegal ou abusivo, que ofenda direito líquido e certo) e não oferecendo, o sistema da lei ordinária, solução eficaz, eficiente, operativa, *pode a parte lançar mão do mandado de segurança para impugnar a decisão judicial.*

O ato do juiz deverá ser apto a gerar lesão de difícil reparação, condicionada a hipótese de cabimento do *writ* à eficácia da decisão.

---

<sup>28</sup> No caso do juizado especial cível, a questão sobre impetração do mandado de segurança contra ato judicial se mostra relevante no âmbito do controle de competência. Em regra, não se admite impetração de mandado de segurança de decisão proferida no Juizado Especial para os Tribunais. A exceção se configura nos casos para análise da competência do órgão julgador. Caso contrário, a competência será exclusiva das Turmas Recursais. (RMS 17.524, rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, DJ de 11.09.2006. Súmula 376, STJ)

<sup>29</sup> Há algumas súmulas do TST que tratam sobre o assunto: n.ºs. 33, 154, 201, 365, 397, 414, 415, 416, 417, 418.

<sup>30</sup> WAMBIER, Teresa. Os agravos no CPC brasileiro, p. 409

### 3 DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E A TUTELA DE URGÊNCIA

#### 3.1 DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo sobre o direito fundamental ao acesso à justiça traz consigo a necessidade de delimitar a abrangência do conceito do direito de ação. Significativa parte da doutrina nacional propõe que o direito de ação seja compreendido como o direito à sentença (tendo como premissa o monopólio da jurisdição pelo Estado). O que antes poderia ter sido considerado um direito à sentença final de mérito teve que ser reformulado. Fosse considerada apenas nessa forma, sua importância estaria restrita à realização formal do litígio.

A concepção que provoca interesse parece coincidir com a lição de MARINONI, segundo quem “o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito”.

MARINONI destaca o direito à tutela jurisdicional efetiva como um direito fundamental, até mesmo, como o mais importante dos direitos, decorrência do art. 5.º, XXXV, CF. Explica<sup>31</sup>:

O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.

Na mesma linha, LUIZ RODRIGUES WAMBIER<sup>32</sup> propõe que a tutela efetiva não se traduz apenas por um processo formalmente adequado<sup>33</sup>:

Quando se fala em direito de acesso à justiça, o que se quer dizer é *direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional*, ou seja, o direito à obtenção de provimentos que sejam realmente capazes de promover, nos planos jurídico e empírico, as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema.

FREDIE DIDIER atenta que o princípio da inafastabilidade deve garantir uma tutela adequada de acordo com o quadro fático que se apresente ao caso concreto,

---

<sup>31</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, p. 6

<sup>32</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Anotações sobre a efetividade do processo*, pp. 1016-1017

<sup>33</sup> Da mesma forma se posiciona Humberto Theodoro Junior. *Tutela de segurança*, p. 96

pois cada situação demandaria certas medidas para que o jurisdicionado tenha também a garantia da tutela de seu direito material<sup>34</sup>.

Um importante mecanismo para a concretização deste princípio é o procedimento da tutela de urgência. Destaca-se que na busca desse resultado, “deve-se ter presente antiga regra processual, no sentido de que medidas urgentes podem ser concedidas até por juízos absolutamente incompetentes, regra esta que, lamentavelmente, tem sido deixada de lado com frequência indesejável<sup>35</sup>”, tamanha a importância do instrumento para a realização de uma tutela efetiva às partes.

### 3.2 A IMPORTÂNCIA DA TUTELA DE URGÊNCIA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

A disciplina da tutela de urgência encontra suas bases na disciplina do processo cautelar. O Livro do Processo Cautelar, no CPC, divide-se em “disposições gerais” e “dos procedimentos cautelares específicos”. O primeiro, dos art. 796 a 812, CPC e este, nos arts. 813 a 889, CPC.

A ação cautelar, de procedimento sumário, será sempre atrelada ao objeto de uma ação principal, buscando a preservação do objeto discutido em juízo, de forma que a demora usual do processo não fosse razão para a perda desse objeto. A tutela cautelar tem como objetivo principal garantir que eventual direito seja preservado até o momento da decisão final, sob pena de, não concedida, haver depreciação daquele, por qualquer que seja o motivo.

A tutela cautelar, no entanto, nem sempre depende de um processo próprio, bastando um pedido ao juiz, demonstrados os critérios para sua concessão, de perigo de dano (*periculum in mora*) e probabilidade do direito à tutela do direito material, fundada no *fumus boni iuris*.<sup>36</sup>. Destina-se a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material.

A técnica cautelar, diante da insuficiência do sistema processual para tutelar diversas necessidades concretas surgidas no direito material, acabou sendo

---

<sup>34</sup>DIDIER Jr., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário, p. 26

<sup>35</sup>WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre a efetividade do processo, p. 1020

<sup>36</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. Processo cautelar, p. 30

utilizada de modo distorcido, adaptada para a concessão de outra modalidade da tutela de urgência: a tutela antecipada<sup>37</sup>.

O uso distorcido do propósito para qual o legislador lhe havia atribuído, trouxe a necessidade de uma regra própria para essa outra espécie, prevista pelo legislador em 1994, nos art. 273, e 461 CPC. Essa não apenas busca a preservação do direito discutido em juízo, mas a própria satisfação do direito material, ainda que de forma precária, uma vez que está condicionada pela decisão final.

Há também diferença em relação aos requisitos para a concessão de uma ou de outra. A tutela antecipada poderá ser concedida em caso de *periculum in mora*, abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. Havendo prova inequívoca, deve se convencer da verossimilhança da alegação, em caso de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação<sup>38</sup>. Esta é a forma da tutela de urgência que se torna mais relevante para a adaptação em nível recursal.

A importância do tema da antecipação de tutela é inerente à concretização do princípio da efetividade do processo. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR chama essa modalidade de tutela de segurança, caracterizada pela concessão de uma liminar, tal como já ocorria em ações especiais como no mandado de segurança, nas possessórias, na ação civil pública, na nunciação de obra nova, entre outras<sup>39</sup>.

O autor interpreta o princípio constitucional de acesso à justiça de forma ampla, reconhecendo a necessidade de uma tutela mais abrangente do que apenas a tutela formal dos direitos. Explica o autor:

Com isso, é irrecusável que o Estado brasileiro se acha comprometido com a sociedade a fornecer-lhe um processo não apenas regular, do ponto de vista formal, mas um processo idôneo a defender os direitos individuais contra qualquer lesão ou ameaça de lesão, de forma adequada, eficaz e, sobretudo, *justa*.

A grande importância da incorporação da tutela antecipada<sup>40</sup> pelo sistema processual brasileiro através da Lei 8.952/1994 foi o papel de meio prático para “evitar o perigo intolerável de lesão ao direito subjetivo do litigante”.

---

<sup>37</sup> Sobre a insuficiência da técnica cautelar diante das necessidades das situações concretas e do direito material, ver MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. Processo Cautelar, pp. 54-62

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. Processo cautelar, pp. 63-64

<sup>39</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela de segurança, p. 105

<sup>40</sup> Apesar de alguns autores falarem em tutela “antecipatória”, Barbosa Moreira refuta essa terminologia por não ser em nenhum momento utilizada pelo legislador. (Antecipação da tutela, p. 596)



O processo cautelar já trazia um avanço em relação à prestação de tutela efetiva à parte, pois se preocupava com a conservação dos bens envolvidos no litígio, em razão de uma demora na prestação jurisdicional. Não era, no entanto, suficiente para os casos em que seria necessária rápida prestação satisfativa sob pena de impossibilitar a prestação do próprio direito.

A recusa a uma tutela imediata e sumária a um direito subjetivo da parte poderia representar a negação completa de qualquer tutela, pois em razão da urgência do provimento da prestação, uma prestação tardia corresponderia a uma “verdadeira *denegação de justiça*”<sup>41</sup>.

Conforme explicam MARINONI e ARENHART<sup>42</sup>:

Se o direito material é dependente, em nível de efetividade, do direito processual, uma sociedade plural e democrática obviamente não pode conviver com o mito da uniformidade procedimental e, desta maneira, com um processo civil indiferente às diversas posições sociais e situações de direito material.

Concretizada a possibilidade da concessão da tutela antecipada em primeiro grau, surgiu a necessidade de instrumentalizá-la para sua utilização nas decisões de segunda instância. O art. 273, CPC, instituído pela Lei 8.852/94, passou a ser utilizado como fundamento para a concessão de liminares em grau recursal, o que se mostrou fundamental para atender os direitos instantâneos nos Tribunais<sup>43</sup>.

A solução encontrada pela doutrina, para a tutela na forma antecipada, foi a impetração do mandado de segurança para a obtenção do efeito suspensivo do recurso ou antecipação dos efeitos da tutela pretendida. No entanto, logo se reconheceu a aptidão do próprio relator do recurso interposto da decisão da liminar, concedida ou não, para atribuir efeito de natureza diversa da regra geral, presentes os requisitos previstos no art. 273, CPC. Uma interpretação extensiva do poder de tutela do relator admitia o efeito suspensivo tanto na forma positiva, como na negativa.

Apesar de se ter apresentado como alternativa ao mandado de segurança, essa medida não excluiu a utilização do *writ*, pois não havia (e não há) previsão de recurso contra essa decisão do relator que concede ou não o efeito suspensivo e antecipa ou não os efeitos da tutela recursal pretendida. Permanece, portanto, eventual necessidade de impetração do remédio constitucional.

---

<sup>41</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela de segurança, p. 97

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. Processo cautelar, pp. 61-62

<sup>43</sup> CALMON, Eliana. Tutelas de urgência nos Tribunais, p. 165

Pertinente fazer uma breve diferenciação entre a tutela de urgência prevista no art. 273, CPC e a liminar concedida no mandado de segurança. As modalidades de antecipação de tutela partilham, certamente, de semelhanças. O art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009 prevê a necessidade de relevante fundamento do pedido. Tal afirmação praticamente coincide com o dispositivo do art. 273, CPC, que traz o requisito da “verossimilhança da alegação”.

Ademais, quando a lei do mandado de segurança fundamenta a liminar no risco da ineficácia da medida, ainda no art. 7.º, III da Lei, espelha o texto legal do art. 273, CPC, condicionando a concessão ao “fundado receio de risco de dano irreparável ou difícil reparação”<sup>44</sup>. Ambas as modalidades, portanto, caracterizam um adiantamento provisório da tutela que se pretende obter ao final.

Após aproximá-las, restam as diferenças. Precisamente em relação ao que os institutos divergem, TEORI ZAVASCKI destaca: (a) o momento da antecipação, (b) o conteúdo da medida e (c) o prazo de vigência. Alongando-se no primeiro fator, o art. 273, CPC não estabelece um prazo para a concessão da liminar. Por outro lado, a Lei do mandado de segurança, art. 7.º, determina que a decisão sobre a concessão da liminar será proferida no despacho da inicial.

A principal diferença entre os institutos, na realidade, encontra-se nos requisitos probatórios para a concessão da medida. Enquanto a liminar do mandado de segurança exige que o direito esteja provado documentalmente, com fatos líquidos e certos, a antecipação de tutela do art. 273 apenas coloca o requisito do “fundado receio”.

Atualmente, a questão sobre a concessão ou não do efeito suspensivo ou antecipação dos efeitos da tutela recursal se torna ainda delicada, pois essa decisão se tornou expressamente irrecorrível, por disposição do art. 527, parágrafo único, CPC (assim como aquela que converte o agravo de instrumento em agravo retido). A irrecorribilidade dessas decisões, porque diretamente conexas à tutela de urgência, torna a questão mais complexa, exigindo reflexão mais aprofundada.

---

<sup>44</sup> ZAVASCKY, Teori Albino. Antecipação da tutela, p. 230

## 4 O RECURSO DE AGRAVO

A partir dos elementos analisados, mostra-se importante o tratamento da tutela de urgência a partir da perspectiva das alterações legislativas do recurso de Agravo.

### 4.1 O AGRAVO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

O agravo é o recurso cabível contra decisões interlocutórias. Os arts. 522 e seguintes do CPC prevêm dois regimes jurídicos: da interposição direta no tribunal e o da retenção. A primeira hipótese refere-se ao agravo de instrumento. O nome justifica a formação de um instrumento próprio, extraídas as peças relevantes do processo, para apreciação do caso pelo Tribunal. Os autos são examinados ao mesmo tempo em que continua o trâmite do processo no juízo *a quo*. Esse era o regime padrão do agravo até o advento da Lei 11.187/2005<sup>45</sup>.

A modalidade do agravo retido, hoje a regra, não conduz à formação de um instrumento. Permanece como peça nos próprios autos do processo, a ser examinada em momento oportuno. Expressa a contrariedade em relação à decisão interlocutória proferida, sem ser, desde logo, encaminhada ao Tribunal. Sua apreciação é reservada a momento futuro, no caso da parte reiterar o pedido de apreciação nas razões ou na resposta da apelação, caso interposta, no termos do art. 523, §1º, CPC. Ausentes os pressupostos de admissibilidade da apelação, nem se conhece do agravo retido<sup>46</sup>.

A principal função do agravo retido, portanto, consiste em evitar a preclusão da matéria decidida. Sendo essa modalidade a regra do recurso adequado para impugnação das interlocutórias, o agravo de instrumento apenas será admitido nos casos em que a decisão possa causar à parte lesão grave e de difícil reparação, nos casos de inadmissão da apelação e nos casos relativos aos efeitos em que a apelação venha a ser recebida.

---

<sup>45</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento, pp. 533-535

<sup>46</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso de agravo, p. 307

As decisões que se referem à apelação logicamente não poderão ser impugnadas por agravo retido, pois o momento de sua apreciação, juntamente à apelação, não existe mais.

Nos casos em que a decisão possa causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, um pronunciamento judicial tardio, de nada serviria à tutela do jurisdicionado. O agravo retido, nestes casos, mostra-se incompatível com a necessidade de impugnação do ato. Ocasões em que faltaria interesse recursal caso interposto o recurso (ou até para a conversão pelo relator, nos termos do art. 527, CPC). Interessante a explicação no relatório do acórdão que julgou o Agravo de Instrumento 477287-4, pelo Desembargador ADALBERTO JORGE XISTO PEREIRA, em 18 de abril de 2011, na 4.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

No III Curso Regional de Atualização para Magistrados, realizado pela Escola da Magistratura do Paraná - Núcleo de Curitiba, dentre vários temas abordados, restou aprovado em sessão plenária o enunciado n.º 33 com o seguinte teor:

'O agravo de instrumento, interposto contra decisão interlocutória que apreciou liminar, ainda que indeferido o pedido de efeito suspensivo ou ativo, não poderá ser transformado em retido'. Isso porque, determinada nesse caso a conversão não haveria como o Tribunal conhecer preliminarmente do agravo retido por ocasião do julgamento da apelação, pois em qualquer hipótese restaria prejudicado. Explica-se:

(a) se o juiz defere a liminar e a confirma na sentença ao julgar procedente o pedido deduzido na ação, ao réu caberá interpor o recurso de apelação, restando prejudicado o agravo retido que antes interpôs via instrumento;

(b) se o juiz defere a liminar e a revoga na sentença ao julgar improcedente o pedido deduzido na ação, ao autor caberá interpor o recurso de apelação, restando prejudicado o agravo retido antes interposto pelo réu via instrumento;

(c) se o juiz indefere a liminar e na sentença julga improcedente o pedido deduzido na ação, ao autor caberá interpor o recurso de apelação, restando prejudicado o agravo retido que antes interpôs via instrumento;

(d) se o juiz indefere a liminar e na sentença julga procedente o pedido deduzido na ação, ao réu caberá interpor o recurso de apelação, restando prejudicado o agravo retido antes interposto pelo autor via instrumento. Como se vê, a retenção equivaleria a negar seguimento ao agravo de instrumento sem a possibilidade de ser interposto, em evidente prejuízo processual ao agravante, o agravo interno. De se ver, ainda, que a finalidade do agravo retido é evitar a preclusão, mas em se tratando de tutela de urgência ela não se opera porque, diante de fatos novos, a decisão liminar poderá a qualquer momento ser revogada ou modificada.

Sucintamente, a principal diferença entre as espécies está no fato que o agravo retido, ao invés de formar um instrumento, funciona como um elemento impeditivo da preclusão. Devolve-se ao tribunal apenas a questão agravada, que

deverá ser apreciada preliminarmente ao recurso de apelação. Portanto, sua apreciação está condicionada à interposição da apelação, devendo ali ser reiterado o pedido de seu julgamento (ou nas contrarrazões, conforme o caso)<sup>47</sup>.

Um dos pontos discutidos pela doutrina acerca do recurso de agravo questiona os recursos das decisões interlocutórias, levando em consideração os princípios que iluminam o processo civil brasileiro. Há uma grande preocupação com a garantia da dinamicidade do processo, e a recorribilidade das interlocutórias pode se mostrar como um empecilho. Por isso, ainda que mitigado, adota-se o princípio da irrecorribilidade. NELSON NERY explica<sup>48</sup>:

Segundo esse princípio, as decisões interlocutórias não são impugnáveis de tal maneira a paralisar todo o curso do procedimento. Sua impugnação se dá de maneira racional, observando os princípios da concentração dos atos processuais e da economia processual.

Sem descartar a importância da revisão das interlocutórias como garantia de acesso à justiça, há autores que demonstram preocupação com a celeridade do processo. EDUARDO TALAMINI explica como o regime introduzido pela lei de 1973 atenuou o problema: a interposição do agravo de instrumento perante o órgão *ad quem* e a instrução dos autos, pelo próprio agravante, com as peças necessárias para seu processamento (impondo-se o mesmo ônus ao agravado) amenizou “o retardamento que a formação do instrumento e seu processamento geram na primeira instância”<sup>49</sup>.

Não se pode dizer que a inovação foi uma garantia à dinamicidade, mas um passo nessa direção: “...é certo que a devolução imediata da matéria impugnada pela via do agravo de instrumento atrapalha o fluxo normal do processo em primeiro grau de jurisdição e, em termos práticos, cria óbices ao órgão jurisdicional *a quo* no desenvolvimento do processo e, por consequência, na solução da causa”.<sup>50</sup> Segundo TALAMINI, foram dois os resultados das alterações iniciais do procedimento do agravo: “a contribuição para um processo mais dinâmico e o incentivo às partes para que optem pelo agravo de instrumento apenas nos casos em que não se possa esperar a decisão do agravo retido.”

---

<sup>47</sup> ARRUDA ALVIM. Aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos, p. 269

<sup>48</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p. 153

<sup>49</sup> TALAMINI, Eduardo. *A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo*, p. 128

<sup>50</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Recurso de agravo*, p. 307

## 4.2 A REFORMA DA LEI 9.139/1995

A partir da edição do Código de Processo Civil de 1973, o recurso chamado “Agravo de instrumento” (antes da alteração da Lei 9.134/95 para o gênero “Agravo”<sup>51</sup>), padecia da falta de alguma ferramenta processual que garantisse a suspensão dos efeitos da medida impugnada pelo recurso, senão nas hipóteses taxativamente previstas no art. 558, CPC<sup>52</sup>.

A parte prejudicada pela decisão interlocutória poderia utilizar-se do agravo para impugná-la. No entanto, mesmo nos casos em que a parte estivesse na iminência de sofrer um dano, não havia previsão quanto à possibilidade de sustar os efeitos de tal decisão.

Enquanto não prevista essa medida pelo legislador, a opção utilizada pelo operador do direito, como forma de alcançar essa suspensão, era a impetração do mandado de segurança, concomitantemente à interposição do recurso do agravo.

Medida essa, no entanto, nem um pouco oportuna. Considerando que se deveria buscar a melhoria dos instrumentos utilizados para alcançar os resultados desejados, a doutrina entendia<sup>53</sup> que o mandado de segurança, definitivamente, não se enquadrava como a opção mais adequada para sustar os efeitos da decisão impugnada pelo agravo.

Além de configurar a existência de uma nova ação, nova distribuição, recebimento, aumentando o contingente de processos no Judiciário, numa situação tal como a descrita, não se encontraram elementos suficientes para justificar a necessidade do remédio constitucional para suspender os efeitos de determinada decisão.

O mandado de segurança era interposto contra a decisão recorrida, objeto do *mandamus*, em razão do risco de lesão grave ou de difícil reparação, demonstrado de plano pela parte (seu direito líquido e certo), documentalmente, de forma a ensejar a proteção dispensada pelo mandado de segurança – a suspensão dos efeitos da decisão.

---

<sup>51</sup>Nelson Nery, na obra “Reflexões sobre o sistema dos recursos cíveis” In Revista de Processo. RePro 79/118. jul-set/1995. In Recursos e ação rescisória / Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier organizadores, p. 476: “a Lei 8.950/94, que modificou o sistema dos recursos no Código de Processo Civil, corrigiu a impropriedade que constava do inciso II, dando ao recurso o nome correto de “agravo” (gênero), dos quais são espécie o agravo de instrumento e o agravo retido.”

<sup>52</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 82.

<sup>53</sup>MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO, V. 7 – *Do processo de conhecimento*, p. 236

Diante dessa utilização ostensiva do mandado de segurança, o legislador tomou uma posição de forma a suprir essa falha no manejo dos recursos, buscando restringir a utilização desse remédio. Através da Lei 9.139/95<sup>54</sup>, passou-se a admitir a possibilidade da suspensão dos efeitos da decisão impugnada pelo agravo, para além das circunstâncias previstas no CPC de 1973: a suspensão poderia ser concedida em todos os casos em que o julgador reconhecesse o risco de lesão grave ou de difícil reparação.

A finalidade buscada pela nova lei era, principalmente, a de limitar a utilização do mandado de segurança como meio para atribuir efeito suspensivo ao recurso de agravo, garantindo, assim, uma resposta processualmente adequada ao perigo de dano ou lesão de grave ou difícil reparação temida pela parte agravante.

Segundo TALAMINI:

Apenas se conferir às partes a oportunidade de recorrer não basta. Mais do que isso, têm de ser fornecidos meios para que eventual resultado favorável do recurso possa ser concretizado. Há casos em que de nada adiantaria o futuro provimento do recurso se os fins por ele visados já se houvessem tornado irrealizáveis.

Todavia, além da possibilidade da suspensão dos efeitos da decisão como forma de garantir o resultado do recurso, pode haver a necessidade da antecipação dos efeitos da tutela recursal. Continua TALAMINI explicando que “há casos em que a decisão impugnada deixou de conceder uma providência (ativa) pleiteada pelo recorrente”. Aceito o uso do *mandamus* para a suspensão dos efeitos recursais nos casos de urgência, dever-se-ia também aceitá-lo para os casos de antecipação dos efeitos da tutela, nos mesmos moldes.

O art. 558, CPC, alterado pela da Lei 9.139/95, trouxe para o âmbito recursal precisamente os requisitos observados para a concessão da tutela de urgência, manifestados nos casos em que a parte está sujeita a sofrer dano irreparável ou de difícil reparação<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup>Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea **e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão** até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. (grifos nossos)

<sup>55</sup>Eduardo Talamini descreve algumas hipóteses concretas: “decisões que indeferem liminares em cautelares, em mandados de segurança, em possessórias. Também se enquadra nessa hipótese a decisão que, no processo de conhecimento, nega a antecipação de tutela fundada em risco de dano irreparável (CDC (LGL\1990\40), art. 84, § 3.º; CPC (LGL\1973\5), arts. 273, I, e 461, § 3.º). Enfim, é o que ocorre em todos os casos em que se nega uma tutela de urgência.” P. 130-131

O problema acerca da concessão ou não da tutela pretendida, entretanto, apresenta desdobramentos. A Lei 9.139/95 não trouxe previsão de recurso cabível contra a decisão do relator sobre a concessão, ou não, do efeito pretendido. A doutrina passou a sugerir nova hipótese, consistente na utilização da ação do mandado de segurança como alternativa à omissão legislativa.

A comunidade jurídica brasileira, desde há muito, demonstra desagrado em relação à ideia de a decisão final não venha proferida por órgão colegiado, conforme explica a Min. NANCY ANDRIGHI<sup>56</sup>.

MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO, recolhendo a percepção de boa parte da doutrina e liderando entendimento voltado à garantia dos princípios processuais constitucionais, rejeitou a ideia de decisão monocrática definitiva, salientando sê-la contrária ao sistema constitucional vigente, muito especialmente diante de grande risco de dano irreparável<sup>57</sup>.

Uma das soluções adotadas, que parecia adequada à situação, segue entendimento do autor: a utilização do agravo regimental (ou interno), por uma interpretação extensiva do art. 557 §1.º, CPC<sup>58</sup>. MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO compara posições doutrinárias a respeito do tema, parte pugnando por sua inconstitucionalidade<sup>59</sup>, parte favorável à utilização desse instrumento, na qual se enquadra<sup>60</sup>:

---

<sup>56</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança n. 22847/MT. 3.ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrihi. J. 01/03/2007

<sup>57</sup> Manoel Caetano Ferreira Filho explica: “no sistema constitucional brasileiro a decisão de tribunal há de ser sempre tomada em colegiado. Esta premissa impõe que das decisões proferidas isoladamente pelo relator seja sempre cabível recurso que permita o seu reexame pelo órgão coletivo. Atribuir a última decisão do tribunal a um órgão monocrático seria ferir o sistema constitucional ” V. 7 – Do processo de conhecimento, 2001, p. 235

<sup>58</sup> Nesse sentido MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO, V. 7 – *Do processo de conhecimento*, p. 236

<sup>59</sup> Nelson Nery Junior, na 5.ª edição de seu livro *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, posicionava-se nesse sentido, antes de mudar seu entendimento: “Pelo regime jurídico dado pelo CPC ao agravo interno, restou superada a questão sobre a utilidade do antigo e inconstitucional agravo regimental. Estes agravos regimentais vêm previstos na grande maioria dos regimentos internos dos tribunais brasileiros. Essa previsão é inconstitucional por ferir, frontalmente, o art. 22, I da Constituição Federal. Com efeito, somente ao Poder Legislativo da União (Congresso Nacional) é dado o poder de legislar sobre direito processual. E criação de recurso é matéria de direito processual estrito. Assim, não é admissível ao tribunal, qualquer que seja sua natureza (STF, STJ, Tribunal Superior, TFR, TJ ou TA), criar institutos processuais em seus regimentos internos. O regimento interno é norma administrativa, que regula o funcionamento *interna corporis* do tribunal, órgão do Poder Judiciário. Não pode criar nem regulamentar recurso. Sempre foi inconstitucional a previsão, em regimento interno do tribunal, de agravo regimental.” P. 50

<sup>60</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Caetano, V. 7 – Do processo de conhecimento, 2001, p. 235, em que traz o posicionamento, na mesma vertente, adotado pelos autores EDUARDO TALAMINI, *A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo*, p. 136) e CARREIRA ALVIM defende que “sujeitar o direito do agravante ao arbítrio de um órgão singular, qual o relator, sem direito a



Dentre as duas posições a mais adequada parece ser aquela que propugna pelo cabimento do agravo regimental, quer do ponto de vista teórico-científico, quer do ponto de vista pragmático. Por aquele, além dos argumentos acima resumidamente expostos, acrescenta-se que há muito já se demonstrou não ter o agravo regimental natureza de recurso. Com efeito, trata-se de mero mecanismo de aferição da fidelidade do relator ao poder que lhe é dado para decidir em nome do colegiado.

Essa hipótese ensejava o cabimento do mandado de segurança, pela falta de uma previsão expressa de recurso da decisão do relator. A decisão que convertia o agravo de instrumento em agravo retido, diferentemente disso, antes de 2005, ainda poderia ser impugnada pelo agravo interno, entendendo a jurisprudência ser esse o remédio adequado. Posteriormente à Lei 11.187/2005 e a determinação, pelo legislador, da irrecorribilidade da decisão, a doutrina e a jurisprudência passaram a novamente cogitar a impetração do mandado de segurança, contra essa decisão do relator.<sup>61</sup>

#### 4.3 O EFEITO SUSPENSIVO

O efeito suspensivo é um dos efeitos atinentes ao sistema recursal brasileiro. É através desse mecanismo que se torna possível a postergação dos efeitos da decisão impugnada, até que se reconheça o trânsito em julgado da decisão do recurso. Explica NELSON NERY<sup>62</sup>:

O efeito suspensivo é uma qualidade do recurso que adia a produção dos efeitos da decisão impugnada assim que interposto o recurso, qualidade essa que perdura até que transite em julgado a decisão sobre o recurso. Pelo efeito suspensivo, a execução do comando emergente da decisão impugnada não pode ser efetivada até que seja julgado o recurso.

Daí a importância da concessão do efeito suspensivo em nível recursal, no caso, do agravo de instrumento. Mais do que isso, um meio processual adequado,

---

recurso, constituía, *data vênia*, uma temeridade" *Novo agravo*, p. 122. Também podemos citar TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER. *Os agravos no CPC brasileiro*, pp. 356-358. Nessa obra, também traz a mesma posição defendida pelos autores. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Anotações sobre o Recurso Especial*, p. 176; NELSON NERY JR. E ROSA NERY. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, nota 7 ao art. 558, p. 953. JOSÉ HORÁCIO CINTRA GONÇALVES, *O agravo no direito brasileiro*, p. 69

<sup>61</sup> WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 451.

<sup>62</sup> NERY, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p.383.

no caso, introduzido pelo art. 558, CPC, desde a reforma de 1995: a possibilidade do pedido da suspensão dos efeitos da decisão impugnada na apresentação do próprio recurso de agravo. A eficácia imediata da decisão fica sob a *condição suspensiva*, portanto, se opera mesmo antes da interposição do recurso.

Essa medida, mais do que permitir a tutela efetiva do direito da parte, quando admitida no seu efeito positivo, ou seja, antecipando os efeitos da tutela recursal sobre uma questão urgente, contribui, significativamente, para o bom andamento do sistema judicial, pois uma medida que garanta a tutela de urgência do jurisdicionado em âmbito recursal, na forma de tutela antecipada, e dispense a impetração do mandado de segurança, diminui em grande número as ações propostas.

Sobre as mudanças inauguradas pela lei e a questão do efeito suspensivo, pronuncia-se, com autoridade, TERESA WAMBIER<sup>63</sup>:

O agravo de instrumento, que, de acordo com o modelo originariamente estabelecido pelo CPC 1973, antes tramitava perante o juízo recorrido, passou a ser interposto diretamente no tribunal (art. 524 do CPC, na redação da Lei 9.139/95). Além disso, a alteração do art. 558 do CPC, mencionada no item precedente, passou a permitir que ao agravo de instrumento pudesse ser atribuído efeito suspensivo. Com isso, eliminou-se a prática, até então bastante difundida, de se impetrar mandado de segurança com a finalidade de se suspenderem os efeitos da decisão agravada.

Nesse trecho, além da questão do efeito suspensivo, a autora também faz referência ao fato do recurso ser interposto diretamente no Tribunal. Retoma-se aqui a importância da alteração, mais especificamente sobre a sua pertinência para a possibilidade da concessão do efeito suspensivo ou antecipação dos efeitos da tutela pretendida. NELSON NERY explica a ligação da importância dessa alteração para o novo regime, principalmente sobre o momento da apreciação da admissibilidade e concessão do efeito suspensivo; quando do recebimento do recurso pelo relator<sup>64</sup>:

Na verdade, o sistema processual quis evitar a impetração de mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao agravo ou suspender a eficácia do ato judicial impugnado. Isto porque o art. 524, do CPC, determina que a interposição do agravo de instrumento se dê diretamente no tribunal e não mais perante o juízo de origem. Distribuído *incontinenti* o agravo, o relator

---

<sup>63</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro, pp. 83-84

<sup>64</sup>NERY JUNIOR, Nelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos, p. 409

deverá apreciar-lhe a admissibilidade, momento em que pode atribuir-lhe efeito suspensivo.

Desta maneira, resolve-se o antigo problema dos casos urgentes em que se via necessário impetrar o mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo ao agravo. SÉRGIO BERMUDES comenta<sup>65</sup>:

A norma, que agora se aprecia, tem a vantagem de tornar o mandado de segurança meio inadequado para a impugnação das decisões judiciais das quais couber agravo de instrumento. Se, havendo interposto o agravo, o agravante impetrar segurança, em vez de se valer dos arts. 527, III, e 528, por certo será julgado carecedor dela pela falta de interesse processual, decorrente da inidoneidade do meio.

#### 4.4 REFORMAS SUBSEQUENTES (Lei 10.352/2001 e 11.187/2005)

Apesar da intenção do legislador de, com a Lei 9.139/95, resolver o problema do excesso das ações de mandado de segurança para a concessão de efeito suspensivo ao agravo, diminuindo o contingente das demandas, por outro lado, um ano antes, criou novo mecanismo que aumentou consideravelmente o número de ações nos Tribunais: a previsão da concessão da tutela antecipada da Lei 8.952/94<sup>66</sup>.

A professora TERESA WAMBIER reconhece “que as reformas legislativas ocorridas nos últimos anos alteraram profundamente o perfil do recurso de agravo, no direito processual civil brasileiro”<sup>67</sup>.

Percebeu-se, de um lado, a redução da utilização da ação do mandado de segurança. Por outro, no entanto, a partir da edição da lei de 1994 e da introdução da concessão da tutela antecipada através de liminares, aumentou consideravelmente, de maneira lógica, o número de recursos contra essas decisões interlocutórias. A tentativa de desobstruir o Judiciário, achatando as hipóteses de cabimento da ação do mandado de segurança, teve como consequência, (não pelo

---

<sup>65</sup>BERMUDES, Sérgio. A reforma do Código de Processo Civil, p. 96

<sup>66</sup>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: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

<sup>67</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro, pp. 83-84.

mesmo fato, mas na mesma época), o aumento da interposição de agravos de instrumento. Portanto, além da discussão sobre a suspensão dos efeitos do recurso, havia necessidade de observar o significativo aumento no número de recursos interpostos na forma de instrumento.

Por muito tempo não houve um critério para o cabimento de uma ou outra espécie do gênero agravo. Cabia à parte a decisão da interposição do agravo de instrumento, de subida imediata ou agravo retido, de retenção nos autos. Tanto havia essa indiferença que se aceitava em grande escala o princípio da fungibilidade<sup>68</sup> de um por outro. Explica a professora TERESA WAMBIER:

Ao juízo *a quo*, todavia, segundo pensávamos, não cabia, nunca, exercer o juízo de admissibilidade sobre o agravo, fosse retido, fosse de instrumento. A fungibilidade entre os dois regimes ou procedimentos do agravo era praticamente plena. A lei não continha dispositivo que estabelecesse, em algum caso, não poder a parte escolher.

A opção pelo agravo por instrumento, no entanto, causava uma demora muito maior no processo, por parar seu processamento até o julgamento das questões interlocutórias. A opção pelo agravo retido, dessa forma, mostra-se muito mais vantajosa segundo o princípio da economia processual. Levando em consideração o tempo razoável para a conclusão dos processos, julgar as questões interlocutórias como preliminares da apelação não causaria de forma alguma a mesma demora que o julgamento de um agravo por instrumento.

Partindo dessa premissa, o legislador pensou ser adequado adotar o agravo retido como regra, deixando o agravo de instrumento como exceção, em casos de urgência. A Lei 10.352/2001 estabeleceu exatamente essa premissa no art. 527, II, CPC<sup>69</sup>. O dispositivo dispõe que o relator *poderá* converter o agravo de instrumento em agravo retido, com exceção dos casos de urgência ou de perigo de lesão grave ou difícil reparação, cabendo agravo ao órgão colegiado competente. O *poder* do relator deve ser entendido no sentido de poder/dever do juiz.

---

<sup>68</sup> Nelson Nery, em sua obra “Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos”, p. 139, explica: “deve-se observar, sobre o princípio da fungibilidade, que por muito tempo discutiu-se a possibilidade de aceitação de uma espécie de agravo por outra. Por outro lado, o agravar-se por forma retida, no STF, nos casos em que só caberia agravo por instrumento, era considerado erro grosseiro pelos tribunais (JSTF 150/88).”

<sup>69</sup> II - poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

Todavia, a previsão do dispositivo legal não foi suficiente para concretizar a intenção do legislador de reduzir o contingente judicial. Apesar de determinar a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, nem sempre o poder do juiz era compreendido no sentido de poder/dever.

Ademais, a previsão de recurso, para o órgão colegiado, da decisão de conversão pelo relator, acaba repetindo o problema. Se, por um lado, diminui a quantidade de agravos de instrumento, de outro aumenta a quantidade de recursos ao órgão colegiado, tendo como fundamento a conversão do agravo de instrumento em agravo retido.

Novamente, buscando uma solução para o contingente de processos em trâmite no judiciário, o legislador editou a Lei 11.187/2005, tornando obrigatória a conversão do agravo de instrumento em agravo retido quando ausentes as exceções previstas na lei<sup>70</sup> e, além disso, tornando tal decisão irrecorrível.<sup>71</sup>

O inciso III, ao qual o parágrafo único do art. 527, CPC, também se refere, trata da decisão que atribui efeito suspensivo ao recurso, ou a que decide sobre a total ou parcial procedência da pretensão recursal em antecipação de tutela.<sup>72</sup> Dessa decisão também não caberá recurso.

Essa evolução do regime do agravo desde a edição do CPC de 1973 criou uma situação altamente paradoxal: o início das reformas, que buscou diminuir a quantidade de ações em mandado de segurança, culminou exatamente no aumento da utilização desse remédio constitucional. Da decisão irrecorrível do relator, entendem a doutrina e a jurisprudência, cabe mandado de segurança, com fundamento no direito à apreciação e controle da decisão monocrática por um órgão colegiado.

---

<sup>70</sup>II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa; (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)

<sup>71</sup>Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar. (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)

<sup>72</sup>III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

## 5 O CENÁRIO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL SEGUNDO A OBRA DE TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

Para TERESA WAMBIER, a impetração do mandado de segurança contra ato jurisdicional incorpora uma disciplina específica após a Reforma de 2005 do Código de Processo Civil. Utiliza-se até da ideia de que a este tempo se estaria inaugurando a “quinta fase” dos estudos do mandado de segurança contra ato judicial.

Esta fase se caracteriza pelo critério da aptidão da decisão judicial de causar dano ou lesão de grave ou difícil reparação à parte como condição para o cabimento do mandado de segurança.

Uma das primeiras formas de utilização do mandado de segurança contra ato judicial encontrava seu objetivo na concessão de efeito suspensivo a recurso que não o possuía.

Apesar de ter sido uma prática muito comum dos juristas, inclusive objeto de discussão por parte da doutrina e da jurisprudência, deve-se cuidar minuciosamente da terminologia utilizada. TERESA WAMBIER explica, ainda quando utilizado o mandado de segurança para *atribuição de efeito suspensivo a recurso*, na realidade, o que havia era “uma suspensão de eficácia do ato ilegal impugnado, através da liminar, o que acabava por fazer às vezes do efeito suspensivo do recurso”<sup>73</sup>.

NELSON NERY explica que seria usurpar o papel do mandado de segurança utilizá-lo para atribuir o efeito a recurso que, *ex lege*, não o tenha. A utilização correta implicaria a sustação dos efeitos do ato jurisdicional impugnado<sup>74</sup>: “o alvo do *writ*, portanto, será o próprio ato jurisdicional, passível, em tese, de recurso recebido no efeito meramente devolutivo”.

Segundo NUÑES PADILHA<sup>75</sup>, a atribuição de efeito suspensivo a recurso, que seja dotado apenas de efeito devolutivo, através da utilização do mandado de segurança, configuraria mais do que um erro de terminologia apenas, mas resultaria uma ilegalidade. Para o autor, o correto entendimento consistiria na utilização do *poder geral de cautela* pelo juiz, pautado no art. 798, CPC. Explica: “Esse dispositivo

---

<sup>73</sup> WAMBIER, Teresa. Os agravos no CPC brasileiro, p. 447

<sup>74</sup> NERY, Nelson. Teoria geral dos recursos, p. 403

<sup>75</sup> NUÑES PADILLA, Luiz R. Repensando o mandado de segurança contra omissão jurisprudencial, p. 266

legal permite ao juiz conceder qualquer medida que julgue adequada à proteção contra dano iminente”.

Enfatiza ainda o autor a importância da medida para a concretização de uma tutela efetiva. Explica<sup>76</sup>: “mais do que um poder, o relator, no Tribunal, tem um dever de, usando o poder geral de cautela, conceder a medida cautelar que seja adequada à tutela da efetividade do processo”.

LUIZ ORIONE NETO se dedica à explicação dos casos em que não seria cabível o mandado de segurança contra ato judicial. Explica que nessas hipóteses faltaria interesse de agir e traz os requisitos do conceito de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “necessidade concreta do processo e adequação do provimento e do procedimento desejados”. Dentre as hipóteses (salvo o item 7), o autor arrola<sup>77</sup>:

- 1.ª) não cabe mandado de segurança contra ato judicial consubstanciado em decisão interlocutória de *conteúdo positivo* passível de recurso de agravo de instrumento com efeito suspensivo;
- 2.ª) não cabe mandado de segurança contra ato judicial visando a atribuição de *efeito suspensivo* a recurso de agravo de instrumento;
- 3.ª) não cabe mandado de segurança como sucedâneo de recurso dotado de *efeito suspensivo* ou de *efeito ativo*, se dele a parte não se valeu *in opportuno tempore* por qualquer razão;
- 4.ª) não cabe mandado de segurança contra ato judicial consubstanciado em decisão interlocutória de *conteúdo negativo* passível de recurso de agravo de instrumento com efeito ativo;
- 5.ª) não cabe a impetração de novo mandado de segurança - contra decisão interlocutória denegatória de anterior *mandamus*. Nessa hipótese, cabe recurso de agravo de instrumento com efeito ativo;
- 6.ª) se o objetivo da medida é atribuir *efeito suspensivo* a recurso que não o tem, deve a parte valer-se da medida cautelar inominada, com amparo no poder de cautela geral do juiz. Em sede de mandado de segurança descabe falar-se em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, pressupostos específicos das medidas cautelares;
- 7.ª) caberá – e aqui reside, a nosso ver, a única hipótese de cabimento de mandado de segurança contra atos judiciais -, em situações excepcionais de dano irreparável decorrente de decisão teratológica e abusiva, mandado de segurança contra ato judicial quando a decisão não comportar recurso ou quando este não for dotado de efeito suspensivo ou efeito ativo;
- 8.ª) não cabe mandado de segurança contra acórdão de Câmara Cível de Tribunal Estadual, de Tribunal Regional Federal ou de Tribunal Superior;
- 9.ª) não cabe mandado de segurança para o Tribunal Pleno contra acórdão fracionário do próprio Tribunal, na pendência de recurso extraordinário, recurso especial e/ou recurso ordinário;
- 10.ª) não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado.

Percebe-se da passagem trazida do autor que a única hipótese na qual se enquadra as possibilidades de concessão de mandado de segurança contra ato

---

<sup>76</sup> NUÑES PADILLA, Luiz R. Repensando o mandado de segurança contra omissão jurisprudencial, p. 268

<sup>77</sup> NETO, Luiz Orione. Panorama atual do MS contra ato judicial, p. 539.

judicial seria em situações de dano irreparável, decorrente de decisão teratológica e abusiva, quando a decisão não comportar recurso. A questão do efeito suspensivo em relação ao agravo de instrumento ou à apelação não se mostra mais relevante, visto que a concessão do efeito suspensivo (ou ativo) ao recurso não está mais associada à utilização do mandado de segurança e sim de pedido ao relator, nos termos do art. 558, CPC.

Recorremos à obra de TERESA WAMBIER para analisar as situações mais polêmicas sobre a utilização do mandado de segurança após a Reforma de 2005.

## 5.1 A APELAÇÃO DESPROVIDA DE EFEITO SUSPENSIVO E CASOS NÃO PREVISTOS EXPRESSAMENTE PELO ART. 520

Antes da Reforma de 1995, a atribuição de efeito suspensivo a recurso era um dos principais objetos de impetração do mandado de segurança. No entanto, após a reforma e a possibilidade de concessão de efeito suspensivo pelo relator, por aplicação dos arts. 520, 558 e 527, III, CPC, através de interposição de agravo de instrumento (art. 522, CPC) ou medida cautelar ajuizada pela parte diretamente no Tribunal<sup>78</sup>, não há quase mais necessidade da utilização do *writ* para a consecução dos antigos objetivos.

Não apenas será possível ajuizar medida cautelar nos casos taxativamente previstos no art. 558 ou 520 do Código, mas a doutrina estende essa possibilidade a outros casos também previstos pelo próprio CPC ou na lei extravagante. TERESA WAMBIER concorda com esse posicionamento e traz a doutrina no mesmo sentido de BARBOSA MOREIRA<sup>79</sup>, EDUARDO ARRUDA ALVIM<sup>80</sup> e SÉRGIO BERMUDES<sup>81</sup>, quem particularmente defende a extensão da regra do art. 558, parágrafo único, CPC aos outros casos pelo critério da *identidade de razões*. Portanto, esse, em regra geral, não será um caso de cabimento do mandado de segurança, por falta de interesse de agir do impetrante.

---

<sup>78</sup> WAMBIER, Teresa. Os agravos no CPC brasileiro, pp. 439-442

<sup>79</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil.

<sup>80</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo. BUENO. Cassio Scarpinella. Agravo de instrumento contra decisões proferidas em mandado de segurança. Execução provisória. RePro 95/235-243

<sup>81</sup> BERMUDES, Sérgio. A reforma do CPC, p. 125



A única hipótese que permanece para a utilização do *writ* em caso semelhante a essas hipóteses será a impetração do mandado de segurança contra decisão judicial que o ordenamento não tenha garantido a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo. O caso concreto definirá a existência de urgência tal que demande a utilização do remédio. Essa hipótese, trazida expressamente pela Lei 12.016/2009, art. 5, II, será tratada no próximo capítulo.

## 5.2 “EFEITO SUSPENSIVO” A RECURSO INTERPOSTO CONTRA ATO NEGATIVO

TALAMINI explica sobre o uso do mandado de segurança para obtenção do efeito ativo objetivando providência que o juiz tenha negado<sup>82</sup>:

o mandado de segurança presta-se não só a suspender a decisão impugnada como também (e cada vez mais vem-se admitindo) serve para obter a providência ativa que o juiz indevidamente houvera negado...a mesma ratio que se põe para a admissão da suspensão do cumprimento da decisão agravada existe para autorizar a concessão antecipada da providência ativa que a decisão agravada negou: a garantia do resultado do recurso.

O autor também enfatiza a utilização do *writ* como forma de garantir resultados práticos. Mais uma vez, mostra a preocupação da doutrina com o direito fundamental à efetividade do processo:

O fundamento maior de tal uso amplo do mandado de segurança está não só na sua previsão constitucional (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, LXIX), mas, sobretudo, na garantia da inafastabilidade da adequada tutela jurisdicional (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, XXXV): não adianta ser permitido acesso ao Judiciário, se não houver meios de viabilização prática dos resultados pretendidos através desse acesso...

Essa hipótese trata da possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela recursal. TERESA WAMBIER explica que, aceita a competência para a atribuição de efeito suspensivo à apelação, também deve sê-la para atribuição do efeito “ativo” a recurso, demonstrados o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo, p. 131

<sup>83</sup> WAMBIER, Teresa. Os agravos no CPC brasileiro, pp. 442-444

Pela mesma razão da hipótese acima apresentada, a parte não teria interesse para impetrar mandado de segurança na busca dos efeitos, em virtude da completude do sistema processual que traz uma resposta adequada à situação. No entanto, a autora reconhece que, para o controle da decisão do magistrado acerca dos requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela recursal, caberá mandado de segurança, considerando a abstração dos conceitos envolvidos.

### 5.3 MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR TERCEIRO PREJUDICADO

A impetração do mandado de segurança por terceiro prejudicado, segundo TERESA WAMBIER, deve ser considerada cabível. Nesse sentido, a Súmula 202 do STJ<sup>84</sup>. Deve-se, no entanto, observar duas circunstâncias: para a impetração do mandado de segurança, não poderá haver nenhuma outra medida cabível (ação rescisória, ação declaratória de inexistência ou embargos de terceiro) e, a partir do momento em que ingressar no processo por qualquer forma de intervenção de terceiro, passará a ser considerado parte, estando sujeito às regras sobre a impetração do *writ* a elas impostas. Essa hipótese foi prevista no art. 3.º da Lei 12.016/2009<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso.”

<sup>85</sup> “Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente.”

## **6 HIPÓTESES MAIS RELEVANTES DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO ATUAL SOB A PERSPECTIVA DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA**

### **6.1 DECISÃO DO RELATOR QUE CONCEDE OU NÃO EFEITO SUSPENSIVO OU ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL**

A decisão do relator que concede ou não efeito suspensivo ou antecipação dos efeitos da tutela recursal é uma das hipóteses elencadas no art. 527 e no seu parágrafo único, CPC, como irrecorríveis.

A decisão sobre a antecipação dos efeitos da tutela recursal, assim como aquela da conversão do agravo de instrumento em agravo retido, contempladas no parágrafo único, destacam-se por se tratar de questões de urgência.

As questões que envolvem urgência, como o próprio nome descreve, contemplam casos que, não imediatamente apreciados, são aptos a causar dano irreparável ou de difícil reparação à parte. Hipóteses, portanto, que demandam atenção redobrada por parte do magistrado.

Um dos artifícios contemplados no art. 273, §2.º, CPC, que se mostra extremamente pertinente para demonstrar a atenção do julgador ao conflito ali envolvido e a adequação do tratamento segundo à urgência demandada, é a exigência de fundamentação exaustiva pelo julgador. Nesta senda de entendimento, há maior segurança em torno de uma decisão monocrática. Mostra-se, inclusive, como um instrumento apto a colaborar com a celeridade dos julgamentos no Tribunal. Uma decisão bem fundamentada garante menos controvérsias a serem objeto de análise pelo órgão colegiado.

A ênfase na atenção a estas questões, além de tratarem de hipóteses de urgência, está principalmente no fato do legislador ter optado por tornar essas decisões, proferidas pelo relator, irrecorríveis, em nome da celeridade processual.

Em 2004, foi celebrado o I Pacto pelo Judiciário (Pacto de estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano), com o objetivo de buscar soluções à celeridade dos processos da justiça. A Reforma do Código de Processo Civil de 2005 teve esse documento como um de seus fundamentos norteadores. A irrecorribilidade da decisão do relator prevista no parágrafo único do art. 527 do CPC

é decorrência direta dessa busca por maior celeridade no julgamento dos processos e diminuição do contingente de trabalho do poder Judiciário.

Essa decisão, todavia, também engloba a antecipação dos efeitos da tutela recursal. Por este viés, a irrecorribilidade de uma decisão que contemple questão sobre tutela de urgência enseja a discussão sobre o acesso à justiça e a prestação da tutela jurisdicional efetiva, o que justificaria o cabimento do mandado de segurança diante dessa situação.

## 6.2 DECISÃO QUE CONVERTE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO

Os casos mais relevantes para a análise do cabimento do mandado de segurança contra a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido dizem respeito às situações que envolvem urgência. No entanto, conforme explica TERESA WAMBIER, há diversas outras situações em que será cabível o mandado de segurança contra essa decisão, bastando que se demonstre o erro do magistrado. Nas palavras da autora, “é admissível mandado de segurança contra a decisão que, **incorretamente**<sup>86</sup>, determina a conversão de agravo de instrumento em agravo retido”.

Isso ocorre, por exemplo, quando o relator converter em retido o agravo interposto contra decisão que não admita apelação, ou que diga respeito aos efeitos deste recurso, nos termos dos arts. 522 e 527, II, CPC. Ademais, pela falta de interesse na interposição do agravo retido em casos posteriores à sentença, levando-se em consideração a característica própria do recurso, do momento de sua apreciação<sup>87</sup>, todos os demais casos de conversão, “qualquer que seja o tema versado na interlocutória proferida pelo juiz de primeiro grau após a sentença, não se deverá admitir agravo retido”, explica a autora<sup>88</sup>.

Segundo a mesma lógica, não poderá o relator converter o agravo interposto em agravo retido quando se tratar de decisão interlocutória proferida no decorrer do processo de execução. A decisão do relator de conversão, nesses casos, estará

---

<sup>86</sup> Grifos nossos

<sup>87</sup> O recurso de agravo retido será sempre analisado preliminarmente ao recurso de apelação.

<sup>88</sup> WAMBIER, Teresa. Os agravos no CPC brasileiro, p. 437

sujeita à impetração do mandado de segurança, em razão de sua inadmissibilidade, independentemente de se tratar de decisão apta a causar dano grave ou de difícil reparação<sup>89</sup>.

#### 6.2.1 A opção do legislador pelo agravo retido

Ainda que no decorrer do trabalho se tenha destacada a importância do agravo de instrumento, não se deve perder de vista seu caráter eminentemente excepcional, tanto que o agravo de instrumento não é e nem deve ser adotado como regra, pois se mostra como medida adequada para apreciar questão trazida somente em decisão interlocutória de caráter urgência e as outras hipóteses taxativamente previstas em lei.

LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR explica a importância da demonstração da necessidade do agravo de instrumento, tendo em vista que “cada agravo de instrumento analisado é uma apelação que deixou de ser julgada, haja vista que o trabalho é quase que o mesmo, especialmente quando aquele primeiro recurso é interposto quando o processo já se encontra em estágio avançado<sup>90</sup>”.

Agiu acertadamente o legislador quando previu a obrigatoriedade da conversão do agravo de instrumento em agravo retido, quando ausentes os critérios de urgência. Apesar de configurar um dos instrumentos da parte de acesso à justiça, deve ser ponderado ao lado da celeridade processual e dinamicidade do processo.

Parece aqui que em se tratando do exame de questões interlocutórias, aceitar o agravo de instrumento como regra conduziria a um grande óbice à celeridade processual. Por isso entende-se que, nesse caso, a opção pela obrigatoriedade da conversão do agravo de instrumento em agravo retido parece adequada. Um caso em que a ponderação dos princípios faz com que a celeridade processual brilhe com maior destaque.

#### 6.2.2 A efetividade do processo sob a ótica da conversão do agravo de instrumento em agravo retido

---

<sup>89</sup> WAMBIER, Teresa. Os agravos no CPC brasileiro, p. 437

<sup>90</sup> GOMES JUNIOR, Luiz Manoel O novo regime do agravo de instrumento, p. 813

Após todas as ponderações sobre as implicações do recurso do agravo e a alteração de seu regime até a Lei 11.187/2005, abre-se espaço para tratar da relevância da conversão das espécies do recurso.

*A priori*, uma questão que pode parecer simples, atinente apenas ao princípio da fungibilidade, torna-se muito mais complexa quando observadas as circunstâncias nas quais ocorre essa conversão.

Enquanto o agravo de instrumento é apreciado desde logo, o agravo retido será apreciado como preliminar do recurso de apelação. Como acima explicado, a modalidade do agravo retido é muito mais adequada à dinamicidade e celeridade do processo. Ocorre que, em alguns casos, o agravo de instrumento é imprescindível à tutela do direito.

A natureza do agravo de instrumento, após a reforma de 2005, pressupõe um caráter de urgência da questão a ser apreciada. A implicação prática se traduz em uma peculiaridade da questão ali envolvida: não presentes os pressupostos de urgência, deve o relator convertê-lo em agravo retido, em nome da celeridade processual.

Por outro lado, caso o relator não perceba presentes os requisitos de urgência, apesar de sua existência e demonstração nos autos, estará o agravante diante de uma hipótese inaceitável de cerceamento de defesa, pois há grande risco de dano irreparável ou de difícil reparação, nos termos da lei.

Daí a importância da possibilidade de impetração do mandado de segurança nessa hipótese, uma vez que o legislador, no art. 527 parágrafo único, CPC, descartou a possibilidade de recurso dessa decisão.

Mostra-se, ainda, conveniente ressaltar a inutilidade da conversão em agravo retido quando se tratar de questão de urgência, pois a apreciação posterior ou tardia de nada adianta à parte no que se refere à tutela pretendida. Nas palavras de PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON<sup>91</sup>:

Certas decisões não podem ficar sem um pronto controle porque a decisão imediata do órgão *ad quem* impede danos maiores de natureza processual ou material, visto que influencia o modo de ser do procedimento e evita que o reexame tardio revele-se inútil em decorrência da lesão imposta pela decisão atacada.

---

<sup>91</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso de agravo, p. 306

É possível ilustrar essa situação a partir de outra perspectiva: a parte que interpuser agravo retido contra uma decisão interlocutória que trate de questão que demande urgência, agirá sem interesse. Explicava ARAKEN DE ASSIS<sup>92</sup>, quando ainda livre a opção da espécie de agravo pela parte agravante:

(...) é livre a opção do recorrente quanto às duas modalidades de agravo. Tal liberdade, porém, não se revela absoluta. Tratando-se de interlocutória mista, ou seja, de decisão capaz de produzir dano imediato e real à parte, dificilmente reparável pela sentença ou através do recurso contra ela interposto, não há sentido em impugná-la através de agravo retido. Impedir a preclusão, neste caso, acaba por consolidar os efeitos danosos do pronunciamento judicial. (...)

Faltarà à parte, ao interpor o agravo retido, impropriamente, interesse em recorrer da interlocutória. Quando ele chegar à apreciação do órgão ad quem, o ato decisório já produziu efeitos irreversíveis (...).

TERESA WAMBIER traz como possível solução a construção jurisprudencial do STJ em relação ao regime de retenção do recurso especial (art. 542, § 3.º, CPC). Foi sedimentada a orientação de que se deveria julgar imediatamente o recurso especial nos casos em que a retenção possa ocasionar tanto dano material como processual à parte<sup>93</sup>. Essa situação acaso verificada no recurso interposto contra a decisão interlocutória, convertido o agravo de instrumento em retido, poderá ser corrigida pela via do mandado de segurança.

Apesar da opção do legislador – a de suprimir o recurso contra a decisão de conversão - poder resultar na diminuição do contingente de processos em trâmite no judiciário, deve-se levar em consideração a urgência do pleito do jurisdicionado, sob a perspectiva da tutela jurisdicional efetiva. Constatada a urgência, no caso concreto, a revisão da decisão do relator por um órgão colegiado se mostra imprescindível para uma tutela adequada.

### 6.2.3 Solução proposta por Teresa Wambier

Buscando uma análise um pouco mais detalhada deste último ponto, em razão das conclusões acima propostas, compreende-se que até possa haver solução mais adequada do que a via do mandado de segurança. É solução que, no

---

<sup>92</sup> ARAKEN DE ASSIS. Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo, pp. 269-270

<sup>93</sup> WAMBIER, Teresa. Os agravos no CPC brasileiro, p. 438

entanto, dependeria de previsão legal que acrescente aos requisitos para a concessão do agravo de instrumento, os mesmos elementos exigidos para a concessão do mandado de segurança. Além da verificação do receio do dano irreparável e difícil reparação, a redação do art. 522, CPC deveria incluir a exigência da demonstração de manifesta contrariedade ao direito.

Diante de elementos mais concretos, tais como documentos que demonstrem manifesta contrariedade ao direito – prova pré-constituída necessária ao recebimento do mandado de segurança – acredita-se seja dramaticamente reduzida a chance de que o juiz incorra em erro (com aptidão para causar dano irreparável ou de difícil reparação à parte. Esta solução, explica TERESA WAMBIER<sup>94</sup>:

Sob este prisma, pensamos que deveria o CPC estabelecer, expressamente, que, além da verificação de fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação, referida na nova redação do art. 522, não se deveria admitir agravo de instrumento quando o agravante não demonstrasse a manifesta contrariedade ao direito. Percebe-se que, com esta configuração, o agravo de instrumento somente seria admitido em casos em que, ao menos em tese, estivessem presentes os pressupostos para a concessão de segurança.

A citada autora destaca também a importância de que a decisão proferida pelo juiz seja exaustivamente fundamentada, isso como condição para o cabimento do agravo de instrumento. Previstos esses dois requisitos para o cabimento do agravo de instrumento (a necessidade de prova pré-constituída e a fundamentação exaustiva pelo magistrado), estar-se-ia, ao mesmo tempo, de um lado, garantindo o acesso à instância superior, e, de outro, controlando a possibilidade da parte recorrer, cumprindo com fatores que considera essenciais para um sistema efetivo de controle das decisões das interlocutórias.

#### 6.2.4 A solução proposta no novo CPC

O projeto do novo Código de Processo Civil acaba com uma das questões sobre a impetração do mandado de segurança: a decisão de conversão do agravo de instrumento em retido, pois o agravo retido será suprimido do novo Código.

O projeto, no entanto, cria polêmica ao trazer hipóteses taxativas para o cabimento do agravo de instrumento. O regime do CPC atual garante ao magistrado

---

<sup>94</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro, p. 99



a possibilidade de aferir, no caso concreto, a existência dos critérios para cabimento do agravo de instrumento. O legislador trabalhou com conceito genérico, para que o julgador, diante das peculiaridades do caso trazido ao seu conhecimento, reconheça ou não a existência de perigo de lesão grave ou difícil reparação a fim de que julgue procedente ou improcedente o cabimento do agravo de instrumento ou determine sua conversão para a modalidade retida.

O projeto traz, taxativamente, as seguintes hipóteses para cabimento do agravo de instrumento<sup>95</sup>:

- Art. 929. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias:
  - I - que versarem sobre tutelas de urgência ou da evidência;
  - II - que versarem sobre o mérito da causa;
  - III - proferidas na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução;
  - IV - em outros casos expressamente referidos neste Código ou na lei.

Apesar de não utilizar linguagem restrita, o resultado da taxatividade poderá suscitar novas discussões sobre o cabimento do mandado de segurança para revisão de decisões interlocutórias não passíveis de recurso, segundo a lógica do CPC de 1939 (discussão atinente à primeira fase de discussão do cabimento do remédio constitucional pela doutrina – com decisões sem previsão de recurso).

### 6.3 DECISÃO JUDICIAL DA QUAL CAIBA RECURSO SEM EFEITO SUSPENSIVO

A possibilidade de impetração do mandado de segurança contra decisão judicial sem efeito suspensivo foi trazida pelo art. 5.º, II da Lei 12.016/2009, que reformou a antiga Lei 1.533/51.

A concessão de efeito suspensivo a agravo e apelação, nos termos dos arts. 522 e ss, CPC, tornou inócua a questão sobre o cabimento do *writ* para tal finalidade. Essa mesma linha de abordagem parece aplicável às hipóteses derivadas do recurso extraordinário e recurso especial. São recursos desprovidos de efeito suspensivo, cuja correção é admitida por meio de medida cautelar, nos termos das Súmulas 634 e 635, STF, afastando o cabimento do mandado de segurança, porquanto já estejam os casos de urgência amparados pela própria lei processual.

---

<sup>95</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas, p. 183

É possível afirmar que, no panorama atual da lei processual brasileira, sobressai o uso do mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo ao agravo regimental, nos casos urgência, sabido tratar-se de recurso desprovido deste efeito.

BARBOSA MOREIRA<sup>96</sup>, ao contrário, defende a existência de efeito suspensivo ao agravo previsto no art. 557 §1, CPC, devendo este ser interposto nos cinco dias seguintes da decisão.

Há, no entanto, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná admitindo o cabimento do mandado de segurança, apesar do cabimento do recurso do agravo, pelo fato do instrumento processual não ser adequado à tutela da parte, por não possuir efeito suspensivo. No agravo regimental 508.539-8/01, derivado do mandado de segurança 508.539-8, julgado no Órgão Especial do Tribunal do Paraná, relator o Desembargador PAULO ROBERTO HAPNER, foi reconhecida a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra decisão proferida em mandado de segurança diante da ausência de instrumento adequado para a tutela do direito em questão, com expressa opção pela não aplicação da Súmula 267 do STF diante da situação concreta.

O agravo regimental não seria apto para tutelar o direito levado a juízo, porquanto desprovido de efeito suspensivo e diante da demora para o julgamento final, o direito perseguido tornar-se-ia vazio, pois a não apreciação da urgência mutilaria o próprio objeto da demanda.

---

<sup>96</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 684

## 7 POLÊMICA ENTRE O DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA E A ADEQUABILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA AO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

O mandado de segurança, conforme o desenvolvimento desta pesquisa, tem-se mostrado como importante remédio para suprir falhas no sistema processual brasileiro. Ainda que sua utilização deva se subordinar aos requisitos impostos pela lei e pela jurisprudência, é inegável a utilidade do instituto para a efetiva tutela do jurisdicionado, especialmente nos casos em que o CPC se mostra omissivo.

A Ministra NANCY ANDRIGHI<sup>97</sup>, por exemplo, deixa claro o fato de que a cultura jurídica brasileira sempre repudiou a consumação de potenciais lesões por ato de uma única autoridade, no que se refere a decisão proferida pelo relator, não passível de revisão pelo órgão colegiado. Privar o jurisdicionado, segundo essa vertente, por alteração legislativa, do direito de apreciação por órgão colegiado, seria admitir afronta à ordem jurídica nacional<sup>98</sup>. Segundo esse entendimento, a utilização do mandado de segurança se mostra imprescindível à tutela do jurisdicionado.

Na discussão sobre cabimento ou não do agravo regimental contra decisão monocrática do relator sobre a concessão ou não do efeito suspensivo ao recurso do agravante, MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO demonstra sua preocupação com a garantia de uma tutela jurisdicional, surgindo, novamente, questão sobre o cabimento do *writ*<sup>99</sup>:

Compreende-se que admitir o recurso é aumentar ainda mais a quase insuportável carga de trabalho dos tribunais...Todavia, o destinatário da prestação jurisdicional é que não pode ser prejudicado, sofrendo dano grave e irreparável.

A decisão do relator sobre a antecipação dos efeitos da tutela recursal (e chamado efeito “suspensivo ativo”) e a decisão que converte agravo de instrumento

---

<sup>97</sup>STJ, 3a. T., RMS 22847/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01/03/2007, DJ 26.03.2007, p. 11

<sup>98</sup>Sustentam essa preocupação MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO, V. 7 – Do processo de conhecimento, 2001, p. 235, em que traz o posicionamento, na mesma vertente, adotado pelos autores EDUARDO TALAMINI (A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *RePro* 80/125-147, p. 133) e CARREIRA ALVIM defende que “sujeitar o direito do agravante ao arbítrio de um órgão singular, qual o relator, sem direito a recurso, constituía, *data vênia*, uma temeridade” (Novo agravo, p. 122). Também podemos citar TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER. Os agravos no CPC brasileiro, 2006, pp. 356-358. Nessa obra, também traz a mesma posição defendida pelos autores. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO. Anotações sobre o Recurso Especial, p. 176. NELSON NERY JR. E ROSA NERY. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 2003, nota 7 ao art. 558, p. 953. JOSÉ HORÁCIO CINTRA GONÇALVES, O agravo no direito brasileiro, 1999, p. 69.

<sup>99</sup>MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO, V. 7 – Do processo de conhecimento, 2001, p. 237

em agravo retido ensejaria, então, a impetração do mandado de segurança. Por serem questões que, em tese, conformam as exigências para caracterizar provimento de urgência, conforme cominação legal, a doutrina se posiciona pela possibilidade de revisão da decisão do relator por órgão colegiado, utilizando como fundamento a prestação de tutela jurisdicional efetiva, como ramificação do direito fundamental previsto no art. 5.º, XXXV da Constituição Federal.

Mais importante que as decisões irrecuráveis do art. 527, parágrafo único é a decisão judicial sem efeito suspensivo em casos de perigo e lesão grave ou difícil reparação. A não suspensão dos efeitos de uma medida, presentes os requisitos de urgência, caracteriza uma grave afronta ao direito a uma tutela efetiva. Pior que isso, equivaleria à não tutela, pois a apreciação de questão que deveria ter seus efeitos obstados pela suspensão ou a tutela antecipada, na modalidade do efeito suspensivo “ativo”, feita a destempo, configuraria, desde logo, lesão grave ou de difícil reparação à parte. Um erro do magistrado nessas circunstâncias seria ainda mais grave.

Por esse viés, a utilização do mandado de segurança se mostra um importante instrumento para atender aos anseios do jurisdicionado, garantindo o direito a uma tutela efetiva, diante da ausência de outra opção legal. No entanto, o conceito constitucional do mandado de segurança demonstra o campo próprio para a sua atuação quando emprega os conceitos de “ilegalidade” e “abuso de poder”, vinculados, respectivamente, às noções de ato vinculado e ato discricionário, ambos conceitos do direito administrativo<sup>100</sup>.

Apesar da criação da ação do mandado de segurança como remédio constitucional, uma garantia do cidadão no exercício dos seus direitos fundamentais, dotado de uma importância singular no sistema e de utilização especial, o mandado de segurança passou a ser aceito dentro do sistema processual, ainda que em caráter residual.

Já foi demonstrado, através das diversas fases de estudo da doutrina, os fundamentos e embasamentos jurídicos para o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial. NELSON NERY apresenta objetivamente o cabimento da ação constitucional para tais hipóteses<sup>101</sup>:

---

<sup>100</sup> WAMBIER, Teresa. Os agravos no CPC brasileiro, p. 418

<sup>101</sup> NERY, Nelson. Teoria Geral dos Recursos, p. 404

Diz o art. 5º LXIX, CF, que se dará mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública. O juiz é *autoridade* no sentido da CF, pode praticar atos processuais (jurisdicionais) *ilegais* ou *abusivos* que, se ameaçarem ou ferirem *direito líquido e certo*, rendem ensejo ao controle jurisdicional pela via do mandado de segurança.

Importante esclarecer a diferença entre recurso e as ações constitucionais às quais se têm reconhecido o caráter de sucedâneo recursal. Tecnicamente, tais ações não são recursos pela simples razão de inaugurarem um novo processo. O recurso dispara apenas uma nova fase processual, em que se continua a mesma relação jurídica processual da decisão recorrida. NELSON NERY explica<sup>102</sup>:

Partindo, portanto, do sistema da lei brasileira para indagarmos sobre a qualidade de recurso que um instituto processual possa ter ou não ter, verificamos que uma característica comum a todos eles dá a nota distintiva: o fato de serem exercitáveis *na mesma relação jurídica processual* em que foi proferida a decisão recorrida, vale dizer, sem que se instaure um novo processo. Neste raciocínio, se o interessado utilizar o mandado de segurança, o *habeas data* o mandado de injunção, a ação rescisória, por exemplo, para impugnar determinada decisão judicial, não se pode falar que houve interposição de recurso, já que esses remédios instauram um novo processo. Tal postulado guarda validade, ainda que se utilize o mandado de segurança como sucedâneo recursal, isto é, exercendo a função de recurso. Em qualquer circunstância será ele uma ação independente daquela que lhe deu causa.

Uma das razões para a utilização do mandado de segurança contra decisão jurisdicional visava a atribuir efeito suspensivo a decisão impugnada por recurso que, no entanto, não teria esse condão, principalmente antes da Reforma de 1995 (que passou a permitir a concessão de efeito suspensivo pelo juiz a partir de uma análise do caso concreto). A partir desse exemplo, MARINONI também diferencia o mandado de segurança dos demais recursos previstos no sistema processual brasileiro<sup>103</sup>:

O mandado de segurança que visa a dar efeito suspensivo a recurso não é considerado recurso justamente porque não é previsto em lei. Somente os meios impugnativos previstos em lei é que são considerados recursos. Isto quer dizer que aqueles instrumentos que completam o sistema recursal, ou seja, os sucedâneos dos recursos, não, podem constituir alternativa ao uso de um recurso expressamente previsto em lei para determinado fim. Os

---

<sup>102</sup> NERY, Nelson. Teoria Geral dos Recursos, p. 178

<sup>103</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DA SEGURANÇA COM BASE EM FUNDAMENTO NÃO INVOCADO - DECISÃO QUE AO INVÉS DE CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO, CASSA A DECISÃO AGRAVADA - INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA TAXATIVIDADE RECURSAL, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO. Revista de Processo | vol. 63 | p. 147 | Jul / 1991 | DTR\1991\279, p. 153

denominados sucedâneos dos recursos, por razões pouco mais do que evidentes, somente podem *completar* o sistema recursal.

Ademais, não se pode esquecer a importância da adequação dos remédios constitucionais à sistemática processual. São inegáveis as características próprias e especiais da ação do *mandamus*, apesar da utilização do *habeas corpus* como sucedâneo recursal e a semelhança à natureza de origem do mandado de segurança. A jurisprudência parece inclinada a restringir o cabimento do *habeas corpus*, fixando este não se prestar à correção de decisão que possua recurso próprio previsto no sistema processual penal. O objeto desse remédio constitucional passa a contemplar constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade<sup>104</sup>.

A criação da ação do mandado de segurança teve finalidade e objeto muito específicos e diversos daqueles que orientaram a construção do sistema recursal do Código de Processo Civil. Apesar desse fundamento de criação da ação do mandado de segurança como garantia constitucional para tutela especial, e da sua natureza diversa dos recursos, aceita-se seu cabimento de forma a garantir a tutela efetiva ao jurisdicionado. Deve-se, no entanto, garantir o tratamento do instituto nos limites do sistema processual civil.

Ao mesmo tempo em que se deve dar a devida importância ao mandado de segurança enquanto remédio constitucional, por outro lado, uma vez que a ação passa a ser explorada também dentro do processo civil, contra ato do juiz, a doutrina demonstra sua preocupação em adequar o instituto<sup>105</sup>.

A utilização da expressão “panaceia judiciária”<sup>106</sup>, pelos doutrinadores, mostra-se corrente, na medida em que expressa a necessidade de adequar o mandado de segurança à utilização processual, de forma a preservar sua importância e finalidade.

---

<sup>104</sup> No HC 254.397/ MS, julgado em 15 de outubro de 2013 pela Quinta Turma do STJ, o relator Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE traz as decisões que consolidaram esse entendimento: *Habeas Corpus* n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e *Habeas Corpus* n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli

<sup>105</sup> NETO, Luiz Orione. Panorama atual do MS contra ato judicial, p. 534

<sup>106</sup> WATANABE, Kazuo, Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais, p. 39

KAZUO WATANABE explica, “ser garantia constitucional não torna o mandado de segurança um substitutivo incondicional dos recursos e tampouco panaceia geral para toda e qualquer situação”.

A preocupação de garantir a abrangência na utilização do *mandamus*, por seu caráter constitucional, acaba, nas palavras de BARBOSA MOREIRA, na realidade, por diminuir sua importância<sup>107</sup>:

Não há por que enxergar no mandado de segurança uma extravagância legal, de impossível enquadramento nos cânones tradicionais do processo civil. As suas peculiaridade não o convertem numa aberração. Renunciam a explicá-lo em termos racionais, com o instrumental da técnica jurídica, os que, sob color de acentuar-lhe a singularidade, se contentam em pespegar-lhe epítetos mais ou menos pitorescos, como o de “remédio heroico” e quejandos. Mas tal confissão de impotência de modo algum valoriza o instituto. Só faz reduzi-lo ao nível de curiosidade de feira.

Deve-se cuidar com a indesejável possibilidade de transformar o mandado de segurança em ferramenta imprestável e desalinhada à função constitucional para a qual foi criado.

O problema da utilização abusiva do mandado de segurança não se limita ao Brasil, pois em outros países em que a medida também se mostra presente, como no direito mexicano, a doutrina expressa a mesma preocupação. LUIZ ORIONE NETO explica que a utilização do mandado de segurança, no âmbito processual, como um remédio universal perde seu prestígio, não servindo em nada à ordem social<sup>108</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido da restrição do cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial apenas nos casos em que o sistema não oferecer mecanismo recursal eficaz para afastar os efeitos da decisão recorrível<sup>109</sup>.

A exigência da documentação desde o momento da interposição do agravo de instrumento, tal como proposto por TERESA WAMBIER parece um bom mecanismo de forma a garantir a tutela do jurisdicionado que se encontra diante de uma questão de urgência ao mesmo tempo em que garante a celeridade no trâmite dos processos, pois a análise da urgência presente na questão poderá ser aferida de plano, no momento da admissibilidade do recurso.

---

<sup>107</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Mandado de segurança e condenação em honorários de advogado, Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara 23/59.

<sup>108</sup> NETO, Luiz Orione. Panorama atual do MS contra ato judicial, p. 534

<sup>109</sup> RMS 25.141/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski; MS 25.340/DF, rel. Min. Marco Aurélio; RMS 26.114/SP, rel. Min. Gilmar Mendes; MS 22.623-AgR, rel. Min Sydney Sanches.

Ademais, outra solução para maior celeridade e eficiência do funcionamento do judiciário parece ser a extensão da necessidade de fundamentação pelo magistrado, nos termos do art. 273, §1.º, ou 558, CPC para as decisões contempladas no art. 527, parágrafo único. A admissibilidade do mandado de segurança, nesses casos, estaria condicionada à demonstração pela parte da insustentabilidade, de plano, dos argumentos utilizados pelo magistrado.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, ainda que indiretamente, sobre o papel da fundamentação na agilidade dos julgamentos<sup>110</sup>:

A decisão do Superior Tribunal de Justiça encontra-se amplamente fundamentada na legislação aplicável à situação e na jurisprudência dominante daquele Tribunal, bastando uma rápida pesquisa em seu sítio na internet para que se verifique...

A partir dessa passagem, percebe-se a importância que o Tribunal atribui à fundamentação utilizada pelo órgão julgador no momento de aceitar ou não o cabimento do *writ*. Uma imagem transparente das razões de julgamento permite que ocorra apenas essa “rápida pesquisa” para que se chegue a uma decisão do colegiado sobre o pronunciamento do relator. Medida esta que se mostra muito pertinente para garantir a celeridade do andamento dos processos no Judiciário, a decisão bem fundamentada demonstrará de plano a presença ou ausência dos requisitos para admissibilidade da ação.

TEORI ZAVASCKI explica que ao decidir sobre a antecipação da tutela o juiz age diretamente sobre a segurança jurídica ou efetividade da jurisdição<sup>111</sup>. Estaria assim, assegurado o direito da parte de ter a decisão sobre sua causa em matéria de urgência revisada imediatamente, em tempo pertinente à tutela efetiva. Ao mesmo tempo, a imposição de celeridade ao andamento dos processos estaria atendida.

A morosidade e ineficácia da Justiça, contra as quais tanto se luta, principalmente, desde a edição do Primeiro Pacto pelo Judiciário, não decorrem somente da estrutura processual, mas também da falta de investimentos públicos no Poder Judiciário<sup>112</sup>, aspecto aqui referido apenas em caráter residual, de forma a provocar futuras discussões sobre o assunto.

---

<sup>110</sup> RMS 31214 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli

<sup>111</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela, p. 122

<sup>112</sup> CAMBI, Eduardo. Jurisdição no Processo Civil. Compreensão crítica, pp. 119-134



DINAMARCO identifica, no processo civil, quatro elementos principais aos quais se deve dar maior importância, de modo a atingir os objetivos do Estado Social Moderno através da adequação das técnicas processuais: o acesso à justiça, o modo de ser do processo, a justiça nas decisões e a utilidade das decisões<sup>113</sup>. Estes elementos demonstram o quanto as soluções processuais técnicas ainda dependem de elementos externos, complementares.

Qualquer solução a ser buscada, portanto, deve observar a integralidade do sistema processual e judicial, da qual faz parte: a realidade das decisões “colegiadas”, a confiabilidade no Poder Judiciário e todos os demais elementos que, mesmo não tendo integrado especificamente o presente estudo, integram o substrato para o estudo dos institutos jurídicos – na direção do constante desenvolvimento teórico, da adequação do sistema processual à realidade brasileira e da efetividade da prestação jurisdicional. Esta, afinal, é direito fundamental com substrato constitucional.

---

<sup>113</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos Políticos do Processo.

## 8 CONCLUSÃO

1. O cabimento do mandado de segurança contra ato judicial deve observar os requisitos previstos na Lei 12.016/2009. A decisão objeto do *mandamus* deve ser apta a causar lesão grave ou de difícil reparação à parte, não passível de recurso com efeito suspensivo.

2. Além desses critérios, a jurisprudência tem admitido o mandado de segurança contra decisões judiciais quando as leis processuais civis não se mostram aptas a tutelar determinados valores considerados imprescindíveis para a defesa do cidadão.

3. Uma das hipóteses defendidas pela jurisprudência para a impetração do *writ* é formada pelas decisões monocráticas não passíveis de revisão por órgão colegiado. A alteração no regime do agravo pela Lei 11.187/2005, no art. 527, parágrafo único, CPC criou oportunidade de cabimento do mandado de segurança contra ato judicial.

4. A doutrina costuma apontar elenco de decisões que, em tese, podem ser atacadas por mandado de segurança. São exemplos da eleição doutrinária: (a) os casos previstos no art. 527, parágrafo único (em caso de conversão de agravo de instrumento em agravo retido; decisão sobre a suspensão dos efeitos ou antecipação dos efeitos da tutela recursal); (b) controle sobre os requisitos para a atribuição de efeito suspensivo ou efeito ativo aos recursos; (c) por terceiro prejudicado; e (d) a decisão da qual caiba recurso sem efeito suspensivo, a partir da Lei 12.016/2009.

5. Apesar da preocupação da doutrina com a proteção de determinados valores pela utilização do *writ*, também há preocupação em resguardar a importância do remédio constitucional, sem transformá-lo em um instrumento residual utilizado para suprir falhas do legislador.

6. Deve haver, portanto, equilíbrio entre o direito de revisão da decisão judicial e a adequada utilização do instrumento de modo comedido e não exacerbado, a garantir a harmonia e integridade do ordenamento. A utilização do mandado de segurança contra ato judicial deve ser medida dentro da urgência do pleito trazido pelo jurisdicionado, do perigo de dano irreparável ou de difícil

reparação, garantindo-lhe uma tutela jurisdicional efetiva, com a cautela necessária para sua inserção adequada dentro do sistema processual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA. José. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAKEN DE ASSIS. Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ARMELIN, Roberto. Notas sobre antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição. *In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/ coord. Teresa Arruda Alvim Wambier.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. BUENO. Cassio Scarpinella. Agravo de instrumento contra decisões proferidas em mandado de segurança. Execução provisória. RePro 95/235-243.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos. Revista de Processo. RePro 48/7, out-dez/1987. *In Recursos e ação rescisória. Coleção doutrinas essenciais: processo civil ,v.7 / coord. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier organizadores.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ARRUDA ALVIM. Teresa Celina de. Teoria Geral dos Recursos. Revista de Processo. RePro 58/150, abr-jun/1990. *In Recursos e ação rescisória. Coleção doutrinas essenciais: processo civil, v.7/ coord. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier organizadores.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

AURELLI, Inês Arlette. Recursos e a ação de mandado de segurança. *In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois/ coord. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. O processo civil e sua recente reforma (Os princípios do Direito Processual Civil e as novas exigências, impostas pela reforma, no que diz respeito à tutela satisfativa de urgência dos arts. 273 e 461). *In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela* /coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARBOSA, Ruy. República: Teoria e Prática. Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Petrópolis/Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Direito processual civil – Ensaio e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Mandado de segurança e condenação em honorários de advogado, Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara 23/59

BERMUDES, Sérgio. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1951. 31.12.1951.

BRASIL. Lei n. 5.863, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1973. 17.11.1973.

BRASIL. Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera disposições do Código de Processo Civil, sobre o processo de conhecimento e processo cautelar. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1994. 14.12.1994

BRASIL. Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1995. 30.11.1995.

BRASIL. Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 2001. 26.12.2001.

BRASIL. Lei n. 11.187, de 11 de janeiro de 2005. Altera disposições do Código de Processo Civil para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 2005. 11.01.2005.

BRASIL. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 2009. 07.08.2009.

BRASIL. I Pacto Republicano. Pacto de estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano. 15.12.2004. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em 05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança n. 22847/MT. 3.<sup>a</sup> Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. J. 01/03/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança n. 34.432/ PA. 4.<sup>a</sup> Turma. Relatora: Min. Maria Isabel Galloti. J. 15/03/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança n. 32204/BA. 4.<sup>a</sup> Turma. Relatora: Min. Maria Isabel Galloti. J. 10/05/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança n. 27227/RS. 5.<sup>a</sup> Turma. Relatora: Min. Laurita Vaz. J. 07/02/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança n. 25934/PR. Corte Especial. Relatora: Min. Nancy Andrighi. J. 16/04/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 10/2013.

CALMON, Eliana. Tutelas de urgência nos Tribunais. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 6/165, jul/2000. Disponível em: <http://www.revistadostribunaisonline.com>. Acesso em 07/2013.

CAMBI, Eduardo. Jurisdição no Processo Civil. Compreensão crítica. Curitiba: Juruá, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O novo recurso de agravo e outros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; FAVRETO, Rogério; FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; Palharini Júnior, Sidney. Comentários à nova Lei do mandado de segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários às leis do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 1980.

CRETELLA JÚNIOR, José. Os "writs" na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, *habeas data* ação popular, *habeas corpus*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Legitimidade passiva em mandado de segurança contra ato jurisdicional. *In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois/ coord. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. *Revista de Processo*, v. 108, out/2002. Disponível em: <http://www.revistadostribunaisonline.com>. Acesso em 07/2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos Políticos do Processo. Participação e Processo/ coord. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança e acesso à justiça. *In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois / coord. Cassio Spienlla Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Sergio. Mandado de segurança (individual e coletivo). Aspectos polêmicos. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento, arts. 496 a 565, v. 7/ coord. Ovídio Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



FREITAS, Ney José de. A processualização do mandado de segurança. *In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois/ coord. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.*

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. O novo regime do agravo de instrumento. *Revista de Processo. RePro 134/110, abr./2006. In Recursos e ação rescisória. Coleção doutrinas essenciais : processo civil ; v.7/ coord. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.*

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. *In (Coord.) Livro de estudos jurídicos, v. 10/ coord. James Tubenchlak e Ricardo Silva de Bustamante. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1995.*

LOPES, João Batista. Sujeito passivo no mandado de segurança. *In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois/ coord. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.*

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. A Função Social do Processo no Estado Democrático de Direito à Luz da Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin e da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. 2008. 201 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. Processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5281>. Acesso em: 17 jun. 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. Mandado de Segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Gustavo de Medeiros. O recurso de agravo na nova sistemática da Lei 11.187/2005. *In Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, v. 11/ coord. Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Leonardo Castanho. A legitimidade passiva da autoridade coatora no mandado de segurança. *In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois/ coord. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.*

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos da teoria geral dos recursos no processo civil. Revista de Processo. RePro 51/155. jul-set/1988. *In Recursos e ação rescisória. Coleção doutrinas essenciais: processo civil , v.7/ coord. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.*

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. Procedimentos e tutela antecipatória. *In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/ coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.*

NERY JUNIOR, Nelson. Reflexões sobre o sistema dos recursos cíveis na reforma processual civil de 1994. *Revista de Processo. RePro 79/118. jul-set/1995. In Recursos e ação rescisória. Coleção doutrinas essenciais: processo civil, v.7/ coord. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.*

NUÑES PADILLA, Luiz R. Repensando o mandado de segurança contra omissão jurisprudencial. *Revista de Processo, v. 91, jul/1998. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 07/2013.*

NETO, Luiz Orione. Panorama atual do mandado de segurança contra ato judicial. *In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois/ coord. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.*

PACHECO, Alexandre S. O mandado de segurança contra ato judicial e a reforma do agravo de instrumento empreendida pela Lei 11.187/2005 *In Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins, v. 11/ coord. Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.*

PIAZZETA, Fabiana. A função social do processo civil nos conflitos fundiários urbanos. Livro de Resumos – 21º EVINCI E 6º EINDI. 5ª Semana Integrada de Ensino, Pesquisa e Extensão UFPR. Out/2013. CD-ROM.

SALLES, Carlos Alberto de. Mandado de segurança contra atos judiciais: as Súmulas 267 e 268 do STF revisadas. *In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois / coord. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.*

SALLES, José Carlos de Moraes. Recurso de Agravo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1981.

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2010.

TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. Revista de Processo, v. 80, p. 125, out/1995. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 07/2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela de segurança. Revista de Processo, v. 88, p. 9, out/1997. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 07/2013.

VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. Mandado de segurança. São Paulo: Malheiros, 1996.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre a efetividade do processo. Revista dos Tribunais, v. 814, p. 63. Ago/2003. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 07/2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O novo recurso de agravo. Revista de Processo. RePro 134/97, abr/2006. *In* Recursos e ação rescisória. Coleção doutrinas essenciais: processo civil, v.7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WATANABE, Kazuo, Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 2009.