

ROBERTA KREUTZ DO NASCIMENTO

**CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA AS
DECISÕES IRRECORRÍVEIS DO ARTIGO 527 DO CPC**

**CURITIBA
2007**

ROBERTA KREUTZ DO NASCIMENTO

**CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA AS
DECISÕES IRRECORRÍVEIS DO ARTIGO 527 DO CPC**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Sérgio Cruz Arenhart

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

ROBERTA KREUTZ DO NASCIMENTO

**CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA AS
DECISÕES IRRECORRÍVEIS DO ARTIGO 527 DO CPC**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientador: _____
Professor Sérgio Cruz Arenhart

Professor 1º Membro da Banca

Professor 2º Membro da Banca

Curitiba, de de 2007

Dedico este trabalho:

Aos meus pais, que nunca mediram esforços para proporcionar a melhor educação possível aos filhos e que sempre me apoiaram nos momentos em que mais precisei.

Agradeço ao Neto e à Eve pelo carinho, companheirismo e paciência.

Agradeço também ao meu professor e orientador Sérgio Cruz Arenhart, pela dedicação e pela condução segura dos meus primeiros passos no estudo do Processo Civil.

RESUMO

Com a promulgação da Lei 11.187/2005, que atribui nova sistemática ao recurso de agravo, ressurge a hipótese de cabimento de mandado de segurança contra decisão da qual não caiba recurso. No presente trabalho é feita uma análise da possibilidade deste cabimento, partindo-se do estudo do surgimento e evolução do mandado de segurança, seu conceito e requisitos para impetração. Analisa-se, também, o mandado de segurança contra ato judicial irrecorrível em face da Súmula 267 e do artigo 5º, II, da Lei 1.533/51. E, por fim, estuda-se a irrecurribilidade prevista no parágrafo único do artigo 527 do Código de Processo Civil, chegando-se ao uso do mandado de segurança como a via processual adequada para proteger qualquer direito líquido e certo que venha a sofrer lesão grave ou de difícil reparação em decorrência da previsão de tal irrecurribilidade.

Palavras-chaves: mandado de segurança; decisão irrecorrível; parágrafo único do artigo 527 CPC; Lei 11.187/2005.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	9
2.1	APONTAMENTOS HISTÓRICOS	10
2.1.1	<i>Mandado de Segurança</i>	10
2.1.2	<i>Mandado de Segurança contra ato judicial</i>	11
3	MANDADO DE SEGURANÇA – CONSIDERAÇÕES GERAIS	14
3.1	CONCEITO.....	14
3.2	DIREITO LÍQUIDO E CERTO	16
3.3	ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.....	18
3.4	ATO DE AUTORIDADE	19
3.4.1	<i>Magistrado como autoridade coatora</i>	20
3.4.2	<i>Ato judicial administrativo e ato jurisdicional</i>	21
3.5	MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO IRRECORRÍVEL.....	23
3.5.1	<i>Limitações impostas pela Lei 1.533/51 e Súmula 267 do STF</i>	24
3.5.2	<i>“Quanto pior o sistema, maior o uso do mandado de segurança contra ato judicial”</i>	26
4	O MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL IRRECORRÍVEL E A NOVA LEI DO AGRAVO	31
4.1	IRRECORRIBILIDADE PREVISTA PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 527 DO CPC....	32
4.2	ILEGALIDADE DECORRENTE DAS DECISÕES PREVISTAS NO ARTIGO 527, II E III, DO CPC	35
4.3	MANDADO DE SEGURANÇA COMO SOLUÇÃO À IRRECORRIBILIDADE PREVISTA NA NOVA LEI DO AGRAVO	39
4.3.1	<i>Breve relato acerca das peculiaridades da impetração</i>	41
5	CONCLUSÃO	44
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47
	ANEXOS	50

1 INTRODUÇÃO

Desde o seu surgimento, na Constituição Federal de 1934, o Mandado de Segurança é utilizado não apenas na sua função precípua – impugnação dos atos administrativos advindos do Poder Executivo – mas também atipicamente, contra aqueles provenientes dos outros dois Poderes, sendo sua ocupação relativamente ao Judiciário, tema central do presente trabalho.

Seu maior ou menor uso varia no tempo diretamente conforme o que dispõe a legislação ordinária, ou seja, varia segundo o melhor, ou pior, aparelhamento do sistema processual. Em outras palavras, quanto mais ineficaz este se apresentar, maior será a necessidade de um instrumento que possa combater esta ineficácia.

Até o advento da Nova Lei do Agravo – Lei nº 11.187/2005, as hipóteses de cabimento do mandado de segurança contra ato judicial eram bastante restritas em decorrência da série de reformas pelo qual passou o Código de Processo Civil. O remédio constitucional era usado apenas excepcionalmente nestes casos.

No entanto, com a nova redação dada pela lei supracitada ao artigo 527, parágrafo único, que prevê a irrecorribilidade da decisão liminar que converte agravo de instrumento em agravo retido e da decisão acerca do efeito suspensivo ou ativo, ressurge uma hipótese de cabimento que anteriormente estava extinta: o mandado de segurança contra decisão da qual não coubesse recurso.

Levando-se em conta que continuam em vigor o artigo 5º, II, da lei 1.533/51 e a Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal – que prevêm que caberá mandado de segurança contra decisão da qual não houver recurso previsto na legislação processual – é inevitável a aceitação do cabimento do instituto contra tais decisões quando estas possam causar lesão grave e de difícil reparação a direito líquido e certo.

Neste quadro atual percebe-se um evidente retrocesso do sistema processual, posto que, como já dito anteriormente, o maior uso remédio constitucional em voga na sua forma atípica significa um maior desaparelhamento do sistema para a resolução de seus problemas internos.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em combate aos conflitos entre governantes e governados, existentes desde o surgimento do Estado, várias soluções foram buscadas com o intuito de conter o Poder central e ao mesmo tempo garantir os direitos individuais. O primeiro passo para tanto foi dado com a tripartição dos poderes.

Conforme Teresa Arruda Alvin Wambier, além da tripartição dos poderes, a criação de um conjunto de garantias e direitos fundamentais também contribuiu para a limitação do poder estatal:

Correlatamente a este mecanismo de se tripartirem as funções que se têm tradicionalmente considerado como inerentes e conaturais ao Poder, e às regras que limitam e traçam o perfil preciso do âmbito de atuação do Estado, há, também, um conjunto de garantias e direitos individuais. Não houvesse este segundo conjunto, as idéias, que teriam levado à criação do primeiro, contariam com pouco apoio para serem levadas a efeito, concretizando-se. Esses direitos e garantias figuram, no contexto do Estado de Direito, como uma forma de se evitar sejam desbordados os limites e padrões previamente estabelecidos, dentro dos quais deve conter-se a atuação estatal.¹

Neste contexto, deve-se compreender o mandado de segurança como um instrumento processual garantidor destes direitos e garantias fundamentais, opondo-os ao Estado e contribuindo, desta forma, para que o sistema inerente ao Estado de Direito realmente funcione.

É comum, em legislações modernas, a previsão de procedimentos capazes de defender direitos fundamentais de arbitrariedades cometidas pelo Poder Público. O Mandado de Segurança, criação brasileira, tem fortes semelhanças com o *juicio de amparo* mexicano e com os *writs* (*of mandamus, of injunction, of prohibition, of quo warranto, of certiorari*) do direito norte-americano.

¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 12.

O Mandado de Segurança, de um lado, pode-se dizer que praticamente “abrange” todos os *writs*, e, de outro, corresponde só a uma parte do *juicio de amparo*, que é um remédio contra arbitrariedades do Estado, em geral, abrangendo desde o campo que, no nosso direito, é próprio do *habeas corpus*, até atos do Legislativo.²

A legislação de outros países, como a Espanha, França, Áustria e Itália também prevê formas de proteção de direitos fundamentais que guardam alguma semelhança com nosso Mandado de Segurança.

2.1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS

2.1.1 Mandado de Segurança

Segundo a doutrina, as raízes do mandado de segurança datam de 1894, ano em que a Lei 221, de reorganização da Justiça Federal, previu, em seu artigo 13, a Ação Anulatória de Atos da Administração, primeira norma positivada de controle de atos administrativos. Na prática, porém, esta ação não gerou efeitos satisfatórios.

Mas a busca por um procedimento que viabilizasse de forma eficaz e rápida a proteção de direitos e garantias fundamentais frente ao Estado é anterior a esta lei.

Os procedimentos civis existentes na época não possibilitavam a execução na forma específica, deixando desprotegidos, desta forma, direitos que não pudessem ser convertidos em pecúnia. Neste contexto, Rui Barbosa defende a idéia do uso de procedimentos possessórios – que previam a execução específica – para defender estes direitos até então desprotegidos. No entanto o uso indevido das medidas possessórias encontrou grande resistência da doutrina, e não obteve êxito.

Outra forma de preenchimento da lacuna existente pela falta de um amparo específico para os direitos aqui tratados, foi o uso do *habeas corpus*. Devido à redação dada pela Constituição Federal de 1891 ao instituto - que não deixava explícito que o direito a ser tutelado era exclusivamente o de locomoção, como entendia a longa tradição do direito inglês e norte-americano -, criou-se a chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*” que estendia a proteção deste instituto a todos os direitos do indivíduo em face do Poder Público.

² WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 23.

“A reforma constitucional de 1926 veio, porém, procurar restringir o campo de ação do *habeas corpus*, confinando-o nos limites de sua estruturação clássica”³.

Após 1926 o movimento em favor da criação de um instituto como a mandado de segurança cresceu expressivamente.

A Constituição federal de 1934 inseriu no art. 113, §33, sob a rubrica de “garantias de direitos”, o mandado de segurança nestes termos: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”.⁴

Batizado com esse nome por Octávio Mangabeira, o instituto foi regulado pela Lei 191, de 16 de janeiro de 1936. Deste momento em diante o mandado de segurança passa por várias modificações: sofre restrições (Decreto-Lei 6/1937), deixa de ser garantia constitucional (Constituição Federal de 1937); sofre restrição ainda maior (CPC 1939); retorna ao patamar de garantia constitucional (Constituição Federal de 1946).

Em 1951 a Lei 1.533 de 31 de dezembro regulamentou inteiramente o assunto. Até os dias atuais a citada lei foi modificada, em parte, diversas vezes, não tendo, no entanto, sofrido significativa alteração em sua estrutura.

A Constituição Federal de 1988, então vigente, manteve o instituto para proteção de direitos individuais, prevendo também o mandado de segurança coletivo.

2.1.2 *Mandado de Segurança contra ato judicial*

A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier divide a história do Mandado de Segurança contra ato judicial em quatro fases, acrescentando uma à classificação de Calmon de Passos.

A primeira fase compreende o período que antecede a regulamentação da Lei 1.533/51, em que a doutrina se questionava se o juiz poderia realmente ser a

³ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 31.

⁴ BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 30.

autoridade mencionada na Constituição e se contra ele caberia Mandado de Segurança.

Com o advento da lei supramencionada, ficou claro que caberia o remédio constitucional contra atos de juiz, mesmo que excepcionalmente, iniciando-se a segunda fase. No entanto, o parágrafo 5º traz novo questionamento: ao mencionar que tal ato - para se dispor da via do mandado de segurança – não poderia ser impugnável por recurso, a doutrina passou a se questionar quais eram os atos de que não caberia recurso. Ainda estava em vigor o Código de Processo Civil de 39 e realmente existiam algumas decisões das quais não estava previsto recurso. Concluiu-se à época, portanto, que o alvo do instituto em questão seriam estas decisões.

Uma terceira fase se inicia quando entra em vigor o Código de Processo Civil de 1973, no qual está previsto que cabe recurso de todos os atos judiciais que puderem trazer algum prejuízo às partes. Desta forma, estaria afastado o uso do mandado de segurança contra decisão sem recurso. No entanto, foi elaborada uma “construção teórica a partir da idéia de que, na verdade, o que aquele dispositivo queria dizer é que o recurso precisaria ser *operativo*”⁵. Passou-se a entender que caberia o remédio constitucional contra decisão judicial mesmo quando houvesse recurso, mas desde que esse recurso fosse ineficaz para evitar a consumação da lesão. Em outras palavras, caberia toda vez que da decisão coubesse recurso e que este não tivesse efeito suspensivo.

A quarta fase inicia-se com as reformas de 1995 e 2001 ao Código de Processo Civil, que passam a prever a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo e de efeito ativo, respectivamente. Neste momento os casos de cabimento de mandado de segurança contra ato judicial tornaram-se bastante excepcionais.

Uma quinta e atual fase poderia ser acrescentada devido às modificações mais recentes. Atualmente o mandado de segurança contra ato judicial encontra-se em uma espécie de retorno à segunda fase, em que, como já mencionado, existiam decisões sem previsão de recurso. Com a Nova Lei do Agravo, vigente desde 2006, o Código de Processo Civil passou a elencar duas hipóteses de decisões

⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 107, p. 223-239, jul.-set. 2002. p. 225

irrecorríveis. São elas decorrentes dos incisos II e III da Lei nº 11.187/2005, das quais o parágrafo único afasta expressamente qualquer espécie de recurso.

3 MANDADO DE SEGURANÇA – CONSIDERAÇÕES GERAIS

3.1 CONCEITO

Inicialmente cabe ressaltar que o ponto de partida para a análise do conceito de Mandado de Segurança é a Constituição Federal e, devido a isso, a Lei nº 1533/51 deve ser interpretada à sua luz. Em outras palavras, a interpretação do texto legal não deve, de forma alguma, restringir a capacidade deste instituto protegido constitucionalmente.

O Mandado de Segurança está previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta Magna, inserido no Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos) do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), sendo, portanto, cláusula pétreia, sendo vedada, inclusive, a simples deliberação de emenda para a sua abolição, segundo o artigo 60, §4º, IV, da constituição⁶.

Eis o seu teor:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **LXIX** – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A lei nº 1.533/51, que regula o mandado de segurança, traz em seu artigo 1º uma redação um pouco diferente da encontrada na Constituição Federal, mas com o mesmo sentido:

Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça. §1º Consideram-se autoridades, para os efeitos desta

⁶ “**Art. 60.** (...) §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.”

Lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções. §2º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

Segundo Hely Lopes Meirelles,

mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.⁷

No entendimento de J.Cretella Júnior, mandado de segurança

é a ação civil de conhecimento, de rito sumaríssimo, mediante a qual toda pessoa física, pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, sindicato, partido político, entidade de classe e associação de classe, desde que tenham, por ilegalidade ou abuso de poder, proveniente de autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público, sofrido violação – ou tenham justo receio de sofrê-la -, de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, a fim de que, pelo controle jurisdicional, o Poder Judiciário devolva, *in natura*, ao interessado, aquilo que o fato ou o ato tirou ou ameaça tirar.⁸

Para Antonio César Bochenek,

o mandado de segurança pode ser conceituado, resumidamente, como um instrumento capaz de invocar um provimento de proteção jurisdicional, com o intuito de invalidar atos praticados pela administração pública, nas suas diversas formas de manifestação: político-legislativo, judicial, e administrativo-executivo, ou à supressão de efeitos de emissões administrativas, quando eivados de vícios de ilegalidade ou abuso de poder, capazes de lesar direito líquido e certo, individual ou coletivo.⁹

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21-22.

⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 01-02.

⁹ BOCHENECK, Antonio César. *A autoridade coatora e o ato coator no mandado de segurança individual*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspestos*

Fica nítido de pronto que se trata, pois, o mandado de segurança, de mecanismo constitucional com vistas a servir de instrumento de proteção dos direitos do particular contra o Estado, sendo perceptível a intenção do legislador de criar um sistema de controle de atos do Poder Público mais favorável ao governado do que ao governante.

3.2 DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Exige a Constituição Federal e a lei especial que o direito, para ser protegido pela via do mandado de segurança, deva ser líquido e certo. Esta é uma condição da ação do mandado de segurança, semelhante ao interesse de agir, que permite que quem o possua possa ter este instituto como via adequada para a proteção de seu direito. Faz-se necessário, também que a ilegalidade ou abuso sejam provados de pronto, documentalmente, com a ressalva do artigo 6º, parágrafo único, da Lei 1533/51¹⁰.

Na Constituição de 1934 e na Lei 191/36, que regia o mandado de segurança e fora revogada pela lei atual, o direito a ser protegido pelo instituto deveria ser “certo e incontestável”, o que restringia em muito o uso do remédio constitucional. Apenas as questões extremamente simples e evidentes seriam protegidas por este instituto, o que não era o seu real objetivo.

Partindo-se da idéia de que a maior ou menor complexidade do tema não deve ser condição da ação no mandado de segurança - e sim o direito que não requer dilação probatória -, passou-se a usar a expressão “direito líquido e certo”, que, infelizmente, também não consegue evidenciar o que realmente a norma exige para o cabimento do instituto.

A jurisprudência fixou os conceitos de liquidez e certeza a partir das orientações do Min. Costa Manso do STF, que defendia ser o direito sempre certo,

polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

¹⁰ “**Art. 6º.** A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 158 e 159 do Código de processo Civil, será apresentada em duas vias e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos por cópia, na segunda. **Parágrafo único.** No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para o cumprimento da ordem o prazo de 10 (dez) dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

independente da dificuldade ou não ao interpretá-lo. O que “direito líquido e certo” busca dizer, é que o direito a ser protegido deve ser baseado em fatos incontroversos, que podem ser provados documentalmente, com a dispensa de qualquer dilação probatória.

A lei não exige que o direito seja certo, pois seria redundante, porquanto o direito é sempre certo. Os fatos é que não o são. E o que a Constituição Federal exige para que o direito do impetrante seja tutelado através da via mandamental em questão, é que os fatos sejam certos, ou seja, possam ser provados documentalmente – de forma inequívoca, portanto – evitando-se assim a necessidade de dilação de fase probatória.

Define Hely Lopes Meirelles, que

direito líquido e certo é o que se apresenta na sua essência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não tiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”. Ainda nas palavras do professor, direito líquido e certo “é um conceito impróprio – e mal-expresso – alusivo a precisão e comprovação do *direito* quando deveria aludir a precisão e comprovação dos *fatos e situações* que ensejam o exercício desse direito.¹¹

Confirmando a imprecisão da expressão usada pelo legislador, preceitua o professor Alfredo Buzaid,

direito líquido e certo, para efeito de mandado de segurança, não é aquele que se apresenta certo quanto à sua existência e líquido quanto ao seu valor, para usar a fórmula empregada pelo Código Civil ao definir a obrigação líquida (art. 1.533).¹²

O direito será líquido e certo, quando, independentemente da sua complexidade, possa ser provado documentalmente. E deve ficar claro que a

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36-37.

¹² BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.85.

complexidade de determinado caso não deverá afastá-lo da proteção conferida pelo mandado de segurança. Por mais complexo que seja o caso, se possível a prova documental dos fatos que o fizeram surgir o direito, este deverá ser tutelado por esta via constitucional.

Esta necessidade de prova documental dos fatos decorre da intenção de ser o mandado de segurança um procedimento “célere, ágil, expedito e especial”¹³, assim como a *habeas corpus*, instituto no qual seu procedimento foi inspirado, sendo, portanto, vedada qualquer espécie de dilação probatória.

Se o direito a ser tutelado não puder ser provado documentalmente, dependendo, assim, de outros meios probatórios, ele não ficará desprotegido. Apenas se não poderá usar a via de tutela oferecida pelo mandado de segurança, devendo-se buscar outra via processual.

Mas para se valer do instituto em apreço, o direito deve estar ligado a fatos certos e incontestáveis com tal força, que não conseguirá o agente público gerador do ato ilegal ou abusivo, impugná-lo de forma verdadeiramente séria e válida.

3.3 ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER

A Constituição Federal e a Lei 1533/51 estabelecem como pressuposto do mandado de segurança que o ato de autoridade que possa trazer ameaça ou causar lesão a direito líquido e certo deve estar eivado de ilegalidade ou abuso de poder.

Primeiramente cabe ressaltar que bastaria a Constituição e a lei especial terem mencionado a ilegalidade do ato. Isso porque, não existe abuso de poder sem ilegalidade. Abuso de poder é uma forma de ilegalidade, não sendo, entretanto, o contrário verdadeiro. “Ilegalidade é gênero de que abuso de poder é espécie. Não há um só caso de abuso de poder que não configure também ilegalidade. Pode, no entanto, haver caso de ilegalidade que não configure necessariamente o abuso de poder”¹⁴.

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p.14.

¹⁴ PAVAN, Dorival Renato. *Comentários às leis n.º 11.187 e 11.323, de 2005: o novo regime do agravo, o cumprimento da sentença e a Lei processual civil no tempo*. São Paulo: Editora Pillares, 2006. p. 66. *opud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense.

Para ser ilegal, o ato deve se arbitrário e estar contrário ao direito. Esta ilegalidade, segundo Seabra Fagundes, compreende também a inconstitucionalidade, ou seja, é a violação tanto de lei ordinário como de lei constitucional.

É importante ter presente que tanto os casos de “ilegalidade” como os de “abuso de poder” são formas de invalidades e desconformidades com o ordenamento jurídico, declaráveis pelo Judiciário. Daí se submeterem, igualmente, ao mandado de segurança, no que são claras a Constituição e a lei de regência do instituto.¹⁵

3.4 ATO DE AUTORIDADE

“Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las”¹⁶.

Autoridade é toda pessoa física que possui poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é delegada pelo Poder Público. Importante distingui-la do agente público, que é o simples executor de ordens superiores, não tomando qualquer tipo de decisão. E por apenas cumprir ordens, não responde a mandado de segurança.

Deve ficar claro que o que diferencia a autoridade pública é a sua competência para a prática de atos decisórios em nome do Poder Público e que, embora algumas vezes ela execute suas próprias decisões, não são estas que a torna passível de mandado de segurança. Também deve ter a autoridade a capacidade de corrigir qualquer ofensa que possa causar a direito de outrem.

Importante salientar que não só os atos emanados de autoridade pública podem ser atacados por mandado de segurança. Também os praticados por administradores ou representantes de pessoa jurídica quando no exercício de atividade delegada pelo Poder Público. Mas os atos destes não tem relevância para o presente trabalho.

¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p.17-18
MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.33.

A autoridade coatora é a autoridade pública que, ao praticar ato decisório de sua competência, acaba por ferir, ou ameaça ferir, direito líquido e certo de alguém e que responderá por seu ato através de mandado de segurança.

A autoridade coatora deve ser a pessoa física que, em nome da pessoa jurídica à qual esteja vinculada, tenha poder de decisão, isto é, de desfazimento do ato guerreado no mandado de segurança. Assim, o mandado de segurança não deve ser impetrado contra o mero *executor* da ordem, mas, na linha do que o referido dispositivo legal esclarece, contra quem tenha, efetivamente, decidido por sua prática e, em se tratando de ato omissivo, por sua abstenção.¹⁷

3.4.1 Magistrado como autoridade coatora

Nos primeiros projetos que trataram do mandado de segurança os atos que seriam atacados pelo instituto eram exclusivamente os advindos do Poder Executivo, ficando excluídos os atos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Com a promulgação da Constituição de 1934, que trazia em seu artigo 113, nº 33 a expressão “qualquer autoridade”, passou-se a defender que o mandado de segurança pudesse ser interposto também contra atos legislativos e judiciários, contando esta tese com resistência de importante corrente da doutrina e da jurisprudência. Contudo, com o advento da Lei nº 191/36, não restaram mais dúvidas quanto ao cabimento do remédio heróico contra todos os atos emanados do Poder Público.

Hoje em dia encontra-se pacificado na doutrina o entendimento de cabimento do mandado de segurança contra os atos dos três Poderes. E o entendimento não poderia ser diverso, pois a interpretação constitucional deve respeitar a intenção do legislador constituinte de facilitar o quanto possível a defesa dos particulares contra as ilegalidades de autoridades públicas, sendo, desta forma, a mais abrangente possível.

É característica das garantias fundamentais a interpretação abrangente, pois é preferível a proteção de situações que, a rigor, não mereceriam tal proteção, do que sacrificar direitos cuja proteção se teve intenção de consagrar.

¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p.20.

A lei de regência do instituto também não deixa dúvidas da possibilidade de impetração de segurança contra atos do poder judiciário.

Além disso, levando-se em conta o princípio do acesso à justiça, fica ainda mais claro o absurdo de se tentar excluir do âmbito do mandado de segurança os atos judiciais. Segundo referido princípio,

nenhuma lesão ou ameaça de lesão ao direito poderá deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário. Assim, entende-se que um ato gravoso, independentemente de sua origem, pode ser submetido ao órgão jurisdicional, a fim de que esse afira sua legalidade e o invalide se restar confirmada a ofensa a direito.¹⁸

A partir do momento em que um ato judicial tenha a capacidade de ferir direito líquido e certo – e isso é visivelmente possível quando o magistrado foge do devido processo legal, assim como quando aplica lei inexistente ou julga como bem entender, baseado em suas próprias convicções –, não tem porquê afastar a possibilidade do uso do mandado de segurança contra o agente responsável por tal ato, pois os magistrados são tão autoridade pública quanto as do Poder Legislativo e Executivo.

3.4.2 *Ato judicial administrativo e ato jurisdicional*

Os atos emanados do Poder Judiciário podem ser divididos em atos administrativos judiciais e atos jurisdicionais ou judiciais em sentido estrito, que dizem respeito à função típica deste Poder.

Os atos administrativos, decorrentes da atividade administrativa do Poder Judiciário, também chamada de atividade não-contenciosa, são desenvolvidos de maneira intensa, mesmo fazendo parte da atividade atípica do Judiciário. Dizem respeito ao funcionamento de todo o sistema judiciário concernente à sua gestão, sendo exemplos as nomeações, suspensões, concessão de férias, aposentadorias e licença de funcionários.

¹⁸ BOCHENECK, Antonio César. *A autoridade coatora e o ato coator no mandado de segurança individual*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspetos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 38.

Quanto aos atos administrativos não há dúvida poderem ser atacados por mandado de segurança, da mesma forma que caberá contra atos administrativos dos demais Poderes.

A polêmica encontra-se no cabimento de mandado de segurança contra os atos jurisdicionais, que no presente trabalho serão mencionados apenas como atos judiciais. Estes são manifestamente típicos do Poder Judiciário e “se concretizam na sentença judiciária, momento culminante da atividade jurisdicional do Estado”¹⁹. São atos decorrentes da função precípua de aplicar a lei ao caso concreto sempre que houver contestação.

A aceitação de mandado de segurança nesses casos, inicialmente, não foi unânime.

Os Tribunais, em princípio, nunca se mostraram favoráveis ao uso do mandado de segurança para evitar aqueles danos²⁰. Mas a variedade de casos surgidos na vida cotidiana do foro mostrou que, em certas situações, por falta de outros meios adequados, ou se admite o mandado de segurança contra o ato judicial, ou o direito do indivíduo sofrerá dano grave ou irreparável. Por isso, todos os tribunais, sem exceção, sensíveis às necessidades da vida, acabaram admitindo o mandado de segurança contra ato judicial tipicamente jurisdicional em determinadas circunstâncias.²¹

Mas atualmente está pacificado o entendimento de que os atos judiciais são, sem dúvida, atos de autoridade passíveis de mandado de segurança, “desde que ofensivos de direito líquido e certo do impetrante, como também de *atos administrativos* praticados por magistrados no desempenho de funções de administração da justiça sujeitam-se a correção por via do *mandamus*”²².

No entanto, com o passar dos anos, o mandado de segurança acabou sendo usado contra ato judicial de forma desmedida. As sucessivas reformas do Código de Processo Civil vêm buscando acabar com toda aplicação desnecessária do instituto, pois o mandado de segurança não é o meio normal de atacar atos judiciais, função esta destinada aos recursos. Por isso a tendência é cada vez maior de usá-lo

¹⁹ CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 181.

²⁰ Os danos a que se refere o autor são os causados por atos judiciais irrecorríveis ou com recurso que fosse ineficaz ao tentar que estes fossem evitados.

²¹ BARBI BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 91.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.34.

apenas quando realmente necessário, ou seja, quando não há outro meio eficaz de se evitar a ocorrência de dano irreparável a direito líquido e certo.

3.5 MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO IRRECORRÍVEL

Assim que se tornou pacífico o entendimento de que caberia mandado de segurança contra ato jurisdicional, surgiu a necessidade de delimitar os contornos do seu cabimento. Isso porque, como já mencionado, a forma normal de impugnação de decisões judiciais é o recurso. Não pode o mandado de segurança se tornar um remédio constitucional a ser usado na livre opção do interessado, substituindo toda forma quanto possível de vias processuais sempre que isso se mostrar oportuno.

Se assim fosse, o mandado de segurança se tornaria um instituto teratológico.

A aparente desordem reinante em torno do problema das hipóteses de admissibilidade de mandado de segurança contra atos judiciais levou o mestre Kazuo Watanabe a afirmar – em passagem que se tornou célebre – que o “ser garantia constitucional não torna o mandado de segurança um substituto incondicional dos recursos e tampouco panacéia geral para toda e qualquer situação”, ora servindo como recurso, ora como sucedâneo da ação cautelar, às vezes como substituto da ação rescisória, transformando-o assim, na aguda advertência de Ali Mazloum, em “(...) peça teratológica, forte candidato a um lugar no museu das monstruosidades, tornando-o imprestável como garantia constitucional.”²³

Longe disso, o mandado de segurança deverá ser um aliado do sistema processual, e não inimigo de seu bom funcionamento. Sua hipótese de cabimento contra ato judicial é mais uma demonstração da criatividade e originalidade dos operadores do direito em contornar situações em que o processo não dá respostas de maneira adequada. Seu uso será complementar ao sistema de remédios organizados pelo Código de Processo Civil, suprimindo eventuais falhas que possam vir a prejudicar direito líquido e certo.

O mandado de segurança coloca-se como medida cujo cabimento há de ser cogitado para garantia de uma adequada prestação jurisdicional ao litigante,

²³ ORIONE NETO, Luiz. *Panorama atual do mandado de segurança contra ato judicial*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspestos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 534.

colocando-se a salvo de risco de lesões irreparáveis ou de difícil reparação a seus direitos.²⁴

Tem-se que partir da idéia, mais uma vez, de que o que está imposto pela constituição não deverá, de forma alguma, ser limitado em sua eficácia por lei infraconstitucional, principalmente se tratar de direitos e garantias fundamentais, revelando flagrante inconstitucionalidade. No entanto, existem casos em que, usando-se o princípio da proporcionalidade, alguns limites devem ser postos em prol de um bem maior.

Por isso limites de mostram necessários ao cabimento do mandado de segurança contra ato judicial, que é restringido pela lei de regência do instituto para se evitar o verdadeiro caos processual pelo uso exacerbado do remédio constitucional nestes casos.

3.5.1 Limitações impostas pela Lei 1.533/51 e Súmula 267 do STF

A Lei nº 1.533/51, em seu parágrafo 5º coloca algumas restrições, das quais só nos interessa a contida no inciso II. “**Art. 5º.** Não se dará mandado de segurança quando se tratar: (...) II – de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição²⁵; (...)”.

Muitos doutrinadores, a primeira vista, interpretaram esta restrição abrangendo a todos os despachos e decisões judiciais. Mas tal interpretação não prosperou por não fazer sentido, tendo em vista a ressalva contida na parte final do dispositivo. Se não quisesse o legislador permitir o uso do instituto contra toda decisão judicial²⁶, teria apenas colocado a parte inicial do inciso “não se dará mandado de segurança quando se tratar de despacho ou decisão judicial”.

²⁴ SALLES, Carlos Alberto de. *Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 revisitadas*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspetos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 138.

²⁵ A figura da correição não foi acolhida pelo sistema processual vigente.

²⁶ Há época da promulgação da lei de regência do mandado de segurança fazia sentido a interposição do mesmo apenas contra despacho. Hoje, com o entendimento do Código de Processo Civil de que despacho não tem capacidade de causar gravame a nenhum dos jurisdicionados, faltaria interesse de agir para a interposição de tal remédio constitucional.

Interpretando-se a norma a *contrario sensu*, lê-se que o artigo 5º prevê a concessão de mandado de segurança sempre que da decisão judicial não couber recurso ou correição, ou seja, caberá o emprego do remédio constitucional em todas as demais hipóteses não vedadas pela lei.

Como restou entendida posteriormente, a intenção do legislador foi o de proibir o uso do mandado de segurança contra decisão judicial apenas se dela coubesse recurso previsto no Código de Processo Civil. Se a decisão pudesse causar lesão a direito líquido e certo e contra ela não houvesse previsão de recurso no sistema processual, caberia o mandado de segurança para a proteção de referido direito.

O entendimento de que caberá mandado de segurança sempre que houver decisão irrecorrível vem da idéia de que, deixar a decisão judicial sem nenhum tipo de controle jurisdicional fere sensivelmente os princípios da Justiça – princípio do duplo grau de jurisdição, princípio do acesso à justiça -, principalmente se desta decisão sobrevier lesão grave ou de difícil reparação. Isso porque, se deixado o direito sem amparo e este vier a sofrer lesões, a sentença final terá perdido grande parte de sua eficácia.

A restrição imposta pelo inciso II não é, em si, inconstitucional, pois seria “absurdo dar preferência ao mandado de segurança, antepondo-o ou preferindo-o aos recursos próprios, enunciados no Código de Processo Civil e acolhidos em nosso sistema que admite a dualidade de jurisdição”²⁷. Será inconstitucional apenas quando o sistema recursal não for realmente eficaz para o combate a lesão a direito líquido e certo. Mas o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial com recurso sem efeito suspensivo – que o tornaria um recurso *eficaz* – não será abrangido pelo presente trabalho.

Na tentativa de cristalizar jurisprudência a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 267 com a seguinte redação: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. Interpretando-se, mais uma vez, “a *contrario sensu*, no que não cabe recurso, cabe mandado de segurança”.²⁸

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 183.

²⁸ ORIONE NETO, Luiz. *Panorama atual do mandado de segurança contra ato judicial*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspestos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 583.

Até há pouco tempo - mais precisamente até a promulgação da nova lei do agravo datada de 2005 – não fazia sentido falar-se, no processo brasileiro, de decisão da qual não coubesse recurso, pois os únicos atos judiciais irrecorríveis eram os despachos de mero expediente, desprovidos de qualquer conteúdo decisório.

Isto porque, o Código Civil de 1973, passou a prever que caberia recurso de todas as decisões que pudessem causar algum prejuízo a qualquer uma das partes: da decisão interlocutória, caberia o recurso de agravo; da sentença ou acórdão, os recursos de apelação e o recurso ordinário, respectivamente.

Devido à esta previsão de recorribilidade de todas as decisões gravosas entraram em desuso as previsões do artigo 5º, II, da Lei 1.533/51 e da Súmula 267. Mas, atualmente, este quadro mudou, como veremos no capítulo posterior.

3.5.2 “*Quanto pior o sistema, maior o uso do mandado de segurança contra ato judicial*”

Desde que ficou pacificado na doutrina e jurisprudência a possibilidade do uso do mandado de segurança contra ato judicial, e que este uso era, na maioria das vezes, para cobrir falhas decorrentes da falta de um mecanismo eficaz do próprio processo – “seja por falhas operacionais do aparato judiciário do Estado, seja por imperfeições na disciplina processual dessa atividade estatal”²⁹ -, o Código de Processo Civil vem buscando corrigir-se para evitar este uso anômalo do remédio constitucional.

Voltando-se os olhos ao passado, pode-se perceber que sempre que a doutrina e a jurisprudência reconheciam uma nova hipótese de cabimento de mandado de segurança contra ato judicial, a legislação processual, de alguma forma, acabava por solucionar o problema processual do qual decorria tal cabimento.

Certamente impulsionadas pela necessidade de dar uma resposta à utilização “anômala” do remédio constitucional, surgiram importantes

²⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 revisitadas*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspetos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 121.

reformas processuais procurando sanar imperfeições que davam ensejo à utilização da via mandamental.³⁰

Quando, por exemplo, pacificou-se que o mandado de segurança caberia contra toda decisão irrecurável, o Código de Processo Civil de 1973 trouxe a possibilidade de recurso para todas as decisões que pudessem ser gravosas a direito, ou seja, todas as decisões interlocutórias e sentenças passaram a ser recorríveis.

Quando surgiu a nova interpretação dada à Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal de que não bastava a decisão ser recorrível, mas que tal recurso deveria ser realmente eficaz no objetivo de se evitar o dano, ou seja, que o recurso deveria ter efeito suspensivo, foi promulgada a Lei 9.139/95. Tal lei alterou o Código de Processo Civil em seu artigo 558³¹, *caput* e parágrafo único, que passou a prever a possibilidade de, em casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, o relator dar efeito suspensivo tanto para o agravo de instrumento quanto para as hipóteses em que a apelação não tinha tal efeito.

Quando a necessidade na prática jurídica levou ao uso do mandado de segurança para dar, em segundo grau, a liminar negada no juízo de origem, a reforma do Código de Processo Civil de 2001, através da Lei 10.352/2001, trouxe, com a nova redação do artigo 527³², inciso III, a possibilidade de se atribuir efeito ativo ao agravo de instrumento.

Todos estes são casos que ensejavam o uso do mandado de segurança contra ato judicial, afastado por reforma na legislação processual.

Não dá, logicamente, para se ter a pretensão de que estas reforma vieram apenas para se eliminar a possibilidade de mandado de segurança nestes casos, pois elas vieram, sim, para aperfeiçoar o sistema processual vigente na época, visando uma melhor prestação jurisdicional por parte do Poder Público. No entanto,

³⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 revisitadas*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspestos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 127.

³¹ “**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. **Parágrafo único.** Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520.”

³² **Art. 527.** Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...) 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”.

baseando-se nesses exemplos, não se pode negar que há, sim, uma tendência da legislação processual de evitar que o mandado de segurança seja usado em hipóteses que facilmente a legislação ordinária poderia trazer soluções processuais mais adequadas.

Mas, partindo-se da premissa de que as reformas vieram para melhorar o sistema e de que, a cada melhora, o mandado de segurança perdia uma hipótese de cabimento contra ato judicial, não está errado afirmar que as reformas, de certa forma, vieram para evitar cada vez mais a necessidade do instituto para a correção de falhas em matéria processual.

Entretanto existem casos em que o uso do instituto contra ato jurisdicional dificilmente será suprimido por legislação ordinária, como o caso do terceiro que vê decisão judicial lesar um direito líquido e certo seu, assim também como no caso de decisão teratológica e claramente ilegal, em que o ato de tal forma contrário ao direito que a melhor e mais eficaz solução é o uso do remédio constitucional. Mas, por demandar aprofundamento, estes casos não serão abrangidos pelo presente trabalho.

Pode-se perceber, portanto, que, quanto menos acabado se encontrar o sistema processual, maior será o número de hipóteses para o qual caberá o mandado de segurança contra ato judicial. “Quanto mais imperfeito o sistema, tanto maior a necessidade de utilização do mandado de segurança. Ou, a contrário senso, quanto melhor formuladas as normas processuais, tanto menor a necessidade de lançar mão da medida constitucional”.³³ Isto porque, nestes casos, o mandado de segurança cumpre perfeitamente sua função de “remédio constitucional”, suprimindo as lacunas deixadas pelo legislador ordinário na busca de se evitar lesão a direitos que deveriam ser protegidos, mas não o foram por falha do legislador ou do aparato do Poder Judiciário ao por em prática o já legislado.

Toda vez que se puder evitar a consumação da lesão ou ameaça pelo próprio sistema recursal e pela *dinâmica* do efeito suspensivo dos recursos, descabe o mandado de segurança contra ato judicial à míngua de *interesse jurídico* na impetração. Inversamente, toda vez que o sistema recursal não tiver aptidão para evitar a consumação de lesão ou ameaça na esfera

³³ SALLES, Carlos Alberto de. *Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 revisitadas*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspetos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 123.

jurídica do recorrente, o mandado de segurança contra ato judicial tem pleno cabimento.³⁴

É correto dizer, ainda, nas palavras de Carlos Alberto de Salles, que “as hipóteses de cabimento do mandado de segurança contra ato judicial variam de acordo com a perfeição (ou não) do sistema jurisdicional”.³⁵

Infelizmente sempre houve uma tendência de se ampliar o campo de aplicação do mandado de segurança cada vez mais, visando quase que a substituição de recursos que se mostravam muito demorados, pois este instituto goza de rapidez de processamento dificilmente encontrada naqueles³⁶. Também a facilidade com que alguns juízes concedem o *mandamus*, contribui para a ampliação de seu uso de forma indiscriminada. Mas o que, sem dúvida, aumenta consideravelmente o uso do mandado de segurança contra ato judicial são as nossas leis, “feitas sem técnica, de modo confuso e contraditório, com uma imprecisão terminológica assustadora”.³⁷

Por isso os esforços para se evitar o uso indiscriminado de um instituto criado com fim tão nobre, servindo de instrumento processual na luta dos indivíduos contra as arbitrariedades do Poder Público, e que muitas vezes foi relegado a um papel muito ínfimo comparado à sua magnitude, como sucedâneo recursal, por exemplo, são válidos, pois não se buscou restringir seu campo de aplicação, mas eliminar sua utilização desnecessária, quando ele pudesse ser substituído por outra forma processual que gerasse os mesmos efeitos.

Cássio Scarpinella Bueno ressalta a importância da restrição:

Ao mesmo tempo que o sistema processual passa a ser otimizado e desenvolvido em busca de mais eficaz tutela jurisdicional (sempre iluminada pela grandeza do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal), preserva-

³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 55-56.

³⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 revisitadas*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspetos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 138.

³⁶ WALD, Arnoldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 159-160.

³⁷ WALD, Arnoldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 216.

se o mandado de segurança, evitando-se seu uso promíscuo e banalizado no foro.³⁸

O problema não está na grande abrangência possibilitada ao instituto, mas na forma em que este é usado e no descuido do legislador e magistrado para evitá-lo quando não necessário. Arnold Wald compara o remédio constitucional à penicilina:

grandes remédios para grandes males; remédios cuja excessiva generalização pode ser perigosa. Mas a culpa não é do remédio. Poderá ser dos médicos que o receitam sem fazer um diagnóstico completo e consciencioso e, sobretudo, dos doentes autodidatas que dele se servem imoderadamente(...).³⁹

Mesmo com a significativa diminuição de hipóteses em que o mandado de segurança é cabível contra ato jurisdicional, decorrente das sucessivas reformas do Código de Processo Civil que deram ampla recorribilidade dos atos judiciais e criaram mecanismos capazes o suficiente para resolver o problema da suspensão do ato impugnado⁴⁰, sua disponibilidade não pode, de forma alguma deixar de existir. Isso porque, como o legislador não tem como prever todas as hipóteses possíveis de ocorrer na prática, há a possibilidade de existir, no caso concreto, situações nas quais a legislação processual não ofereça solução, restando ao direito, se presentes os pressupostos, o amparo pela via mandamental.

³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 56.

³⁹ WALD, Arnoldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. ed. rev e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 216.

⁴⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 revisitadas*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspestos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 130.

4 O MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL IRRECORRÍVEL E A NOVA LEI DO AGRAVO.

Como demonstrado anteriormente, sempre houve esforços para se evitar o uso anômalo do mandado de segurança contra ato judicial, justamente porque ele normalmente era cabível quando o sistema processual se mostrava incompleto, deixando desamparado direito que merecia proteção. O objetivo era corrigir as lacunas existentes na tentativa de deixar o sistema o mais completo e bem acabado possível, não se fazendo necessário, conseqüentemente, o uso do mandado de segurança como remédio a essas falhas.

Após as reformas de 1995 e de 2001, praticamente não existiam hipóteses de cabimento de mandado de segurança contra ato judicial, ficando este reduzido a casos extremamente pontuais. A hipótese de cabimento do instituto contra decisões irrecoráveis desapareceu, pois cabia recurso de todas as decisões que pudessem ser gravosas a direito. E todos os recursos possíveis nestes casos – agravo e apelação – comportavam a possibilidade de deferimento de efeito suspensivo para evitar lesão grave ou de difícil reparação, desaparecendo, desta forma, também as hipóteses de mandado de segurança contra decisão que não previa recurso com efeito suspensivo.

Nesta fase, compreendida entre as reformas mencionadas e a Lei 11.187/2005, a Súmula 267 do STF e a previsão do artigo 5º, II, da Lei 1.533/51, mesmo vigentes, perderam sua aplicação, por não existir, como já mencionado, casos de decisão irrecorável.

Contudo, com a promulgação da Lei 11.187/2005 - lei que alterou as disposições do Código de Processo Civil quanto ao processamento do agravo retido e agravo por instrumento, entre outras providências - surgem, decorrentes da nova redação dada ao parágrafo único do artigo 527, duas hipóteses de irrecorribilidade de decisão.

Eis a redação atual do artigo 527 do Código de Processo Civil:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557; 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; 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; IV – poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias; V – mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, §2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial; VI – ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do *caput* deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias. **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.** (grifo nosso)

4.1 IRRECORRIBILIDADE PREVISTA PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 527 DO CPC

Com a nova redação do parágrafo único do artigo 527 do Código de Processo Civil, as decisões do relator que determina a conversão do agravo de instrumento em retido, que decide sobre concessão de efeito suspensivo ao agravo e sobre antecipação da tutela recursal, passaram a ser expressamente irrecorríveis, afastando qualquer recurso até a apreciação definitiva do agravo.

Pela lei, apenas caberá um pedido de reconsideração ao próprio relator do agravo, que se entender necessário, reconsiderará sua decisão. O agravo não terá mais oportunidade de ser apreciado pela turma julgadora antes de seu julgamento definitivo, como ocorria anteriormente com a possibilidade do uso do agravo interno. Cabe lembrar que, pelo princípio da taxatividade recursal, tal pedido de reconsideração não é considerado recurso.

A irrecorribilidade das decisões prevista nos incisos II e III do artigo 527 também se torna clara se analisarmos minuciosamente a redação do parágrafo único do mesmo artigo. Ao mencionar que “a decisão liminar (...) somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo”, significa dizer que a decisão tomada liminarmente pelo relator perdurará até o julgamento definitivo do agravo, que será no momento do julgamento da apelação cujo agravo retido irá acompanhar,

no caso do inciso II, e no momento do pronunciamento definitivo pela Câmara, no caso do inciso III.

Isto significa dizer que a decisão liminar nos casos analisados não poderá ser reformada antes do julgamento do agravo, ou seja, não poderá ser modificada pelo julgamento de outro recurso. Se assim quisesse, o parágrafo único poderia mencionar, por exemplo, que “a decisão liminar somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo ou do agravo regimental ou interno”, o que não foi feito pelo legislador.

A possibilidade da interposição de agravo interno é expressamente descartada, não só pelo teor do parágrafo único do artigo 527, mas também pela mudança da redação do inciso II do mesmo artigo, que antes previa a possibilidade da parte recorrer da decisão que convertia o agravo de instrumento em retido através da interposição de agravo, o que agora não mais prevê. Se antes previa, e agora não mais, fica clara que a intenção do legislador foi a de excluir a possibilidade do uso deste recurso.

Pela própria nova redação do inciso II do artigo 527 do CPC, é de se constatar que o legislador da lei 11.187/05, propositadamente, manietou a possibilidade de a parte recorrer contra tal decisão. Isso porque, antes da reforma processada por essa lei, o inciso II do artigo 527, em sua parte final, estabelecia, expressamente, que o relator, ao receber o agravo no tribunal **poderia**: *‘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 competente.*⁴¹(grifo do autor)

O chamado agravo regimental é descartado partindo-se do princípio de que os Tribunais, através de seus regimentos internos, não têm capacidade para criar, ou extinguir, espécie de recurso não prevista em lei federal. Portanto, o agravo regimental, por ser criação de regimentos internos – cabíveis contra atos decisórios singulares dos Relatores –, sem ser previsto no Código de Processo Civil, não pode

⁴¹ PAVAN. Dorival Renato. *Comentários às leis nº. 11.187 e 11.323, de 2005: o novo regime do agravo, o cumprimento da sentença e a lei processual civil no tempo*. São Paulo: Editora Pillares, 2006. p. 56-57.

ser considerado um recurso viável, sendo descartado, de pronto, contra as decisões dos incisos II e III do artigo 527, por sua própria natureza.⁴²

A previsão de tal irrecorribilidade pode ser justificada pela tentativa de se conferir ao processo maior estabilidade, pois a possibilidade de divergência entre julgamentos – como, por exemplo, a concessão de efeito suspensivo por decisão liminar do relator; seguida de decisão concessiva de agravo regimental, mudando tal decisão; com posterior julgamento definitivo do agravo de instrumento, em sentido contrário – causa um certo desconforto para os litigantes e traz inconvenientes desnecessários.⁴³

Do ponto de vista individual, da aspiração das partes e sucessivos exames do ato que lhes causa gravame, concebe-se a defesa da recorribilidade do ato do relator: mas a estabilidade dos pronunciamentos, que se relaciona, intimamente, com a eficácia social do processo, recomenda o contrário.⁴⁴

Também justifica tal previsão, o excesso de possibilidades da parte reexaminar as decisões que lhe são desfavoráveis dentro de um mesmo processo, impedindo que o andamento processual siga de uma maneira satisfatoriamente rápida. E a tendência, para uma melhor prestação jurisdicional por parte do Estado, é de se evitar, ao máximo, a criação de novas possibilidades de recorribilidade e a criação de novos recursos.

No entanto, ao tentar evitar um grande número de recursos sucessivos, a legislação processual acaba por abrir um espaço para o uso do mandado de segurança contra ato judicial:

Proibindo o Código de Processo Civil, em seu artigo 527, § único, a utilização do agravo interno contra a decisão do relator que transforma o agravo de instrumento em retido, ou deixa de lhe atribuir efeito suspensivo,

⁴² Existe uma corrente que defende ser o agravo regimental uma espécie do agravo previsto pelo CPC, cujo processamento, apenas, é regulado pelo regimento interno dos Tribunais, sustentando, assim, que o agravo é um só. Portanto, teria o agravo regimental seu nascedouro em lei federal.

⁴³ ORIONE NETO, Luiz. *Panorama atual do mandado de segurança contra ato judicial*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspetos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 580.

⁴⁴ ORIONE NETO, Luiz. *Panorama atual do mandado de segurança contra ato judicial*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspetos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 581.

ou mesmo não concede a antecipação dos efeitos da tutela de mérito recursal, e não podendo a parte se utilizar do denominado agravo regimental contra a decisão do relator, restar-lhe-á, indubitavelmente, socorrer-se do mandado de segurança como meio adequado para a tutela do direito que estiver na iminência de ser gravemente lesionado.⁴⁵

4.2 ILEGALIDADE DECORRENTE DAS DECISÕES PREVISTAS NO ARTIGO 527, II E III, DO CPC

Para o mandado de segurança ser instrumento viável contra as decisões previstas nos incisos II e III do artigo 527, devem ser satisfeitos seus pressupostos. Além de dever ser ato de autoridade – que no caso é o magistrado – deverá existir ilegalidade ou abuso de poder por parte deste que possa causar lesão grave ou de difícil reparação à direito líquido e certo. Ou seja, a decisão do Relator que converte o agravo de instrumento em retido ou que decide acerca do efeito suspensivo ou antecipação de tutela em sede de agravo de instrumento, deve ser ilegal ou conter abuso de poder para que o mandado de segurança seja a via processual adequada para atacá-la.

Esta ilegalidade em sentido amplo – já que o abuso de poder é uma espécie da qual a ilegalidade é gênero, como já dito anteriormente, – ocorrerá sempre que o Relator, ao decidir, se desviar ou contrariar uma previsão legal.

Com a nova redação do artigo 527 e seus incisos, agora há obrigação por parte do Relator de, se presentes os requisitos elencados pelo inciso, converter o agravo de instrumento em retido, dar efeito suspensivo ou deferir a antecipação de tutela no agravo de instrumento.

Na antiga redação, era facultativa ao relator a conversão, ou não, do agravo de instrumento em retido, por exemplo. Dizia o inciso II do artigo 527 em sua antiga redação, que o relator: “poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, ...”. O verbo “poder”, quando inserido em ordenamento jurídico, tem o sentido de faculdade. Portanto, não era obrigatória a conversão por parte do relator, mas era facultativa sempre que presentes os pressuposto. A regra era o processamento por instrumento, podendo ser da forma retida se o Relator verificasse que não havia necessidade de apreciação imediata. Esta idéia cabe também ao inciso III.

⁴⁵ PAVAN. Dorival Renato. *Comentários às leis nº. 11.187 e 11.323, de 2005: o novo regime do agravo, o cumprimento da sentença e a lei processual civil no tempo*. São Paulo: Editora Pillares, 2006. p. 61.

No entanto, com a nova redação, os incisos II e III do artigo 527 agora determinam uma obrigação do relator. A regra passou a ser a interposição de agravo na modalidade retida, sendo exceção o processamento por instrumento, o que também fica bastante claro através da nova redação dada ao artigo 522⁴⁶, também pela Lei 11.187/05. Ao determinar que - utilizando-se ainda do exemplo do inciso II – o Relator “converterá o agravo de instrumento em agravo retido”, fica clara que a intenção do legislador é dar ares de obrigatoriedade ao dispositivo. Será um “dever” do relator a conversão de agravo de instrumento em retido sempre que este não se enquadrar em nenhuma das hipóteses elencadas pelo inciso, quais sejam, quando for interposto agravo contra decisão suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação à parte ou quando for contra decisão acerca da inadmissão de apelação ou que decida quanto aos efeitos em que esta é recebida.

Nas palavras de Dorival Renato Pavan:

Apresentado o agravo *no tribunal*, ou seja, se for ofertado na modalidade de instrumento, o relator pode se valer dos poderes contidos no artigo 527 do CPC, tornando-se agora *obrigatória* a conversão para a modalidade *retida* se o agravante não lograr êxito em demonstrar os requisitos previstos no inciso II do mesmo dispositivo legal, ou seja, quando o agravante não demonstrar que a decisão agravada pode lhe causar lesão grave e de difícil reparação e a relevância da fundamentação, ou ainda, quando se tratar de decisão relativa à inadmissibilidade da apelação e nos relativos aos efeitos em que é recebida. Logo, se a parte não demonstrar, de forma cabal, que existe uma das situações descritas no artigo, o que deverá fazer de forma a convencer o relator quanto à presença efetiva dos requisitos previstos nesse dispositivo (que são os mesmos do *caput* do artigo 522 ao qual poderia ter simplesmente feito remissão), o relator haverá de – segundo penso, de forma compulsória – transformar o agravo em agravo retido, exceto se não for a hipótese de indeferimento liminar, tal como previsto no artigo 527-I do CPC.⁴⁷ (grifo do autor)

⁴⁶ **Art. 522.** Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (...).

⁴⁷ PAVAN. Dorival Renato. *Comentários às leis nº. 11.187 e 11.323, de 2005: o novo regime do agravo, o cumprimento da sentença e a lei processual civil no tempo*. São Paulo: Editora Pillares, 2006. p. 53.

Mas provar que houve ilegalidade por parte do relator do agravo ao tomar uma das decisões dos incisos II e III do artigo 527 não é uma tarefa fácil, pois a lei, neste caso, trabalha com conceitos vagos⁴⁸.

A demonstração da ilegalidade é difícil por se tratar de uma decisão judicial, em que o relator utiliza-se de uma espécie de poder discricionário. Não se trata de poder discricionário propriamente dito, pois neste há uma certa liberdade de atuação do agente, coisa que não ocorre quando se trata de decisão judicial. Na discricionariedade, o agente público possui liberdade de escolha dentro de certos limites da lei, devendo buscar sempre a melhor alternativa dentro das admitidas pela própria lei, respeitando-se a finalidade prevista nesta.

No entanto, tratando-se de decisão judicial - segundo Ovídio Baptista citado por Pavan -, quando o agente público – que no caso é o magistrado -, percebe que está

estabelecido o pressuposto legal de incidência, ele deixa de ser livre para outorgar ou não outorgar a tutela prevista em lei. Em nosso caso, o juiz não pode – se ele verificar que a medida é cabível – valer-se de um suposto arbítrio para não concedê-la. A discricionariedade, aqui, não lhe confere uma escala de soluções possíveis, dentre as quais lhe seja lícito transitar legitimamente, como no ato verdadeiramente discricionário.⁴⁹

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, a partir do momento em que os pressupostos forem preenchidos, o ato do relator passa a ser vinculado e que, quando não atendido, acaba por ofender direito líquido e certo da parte de ver seu direito deferido liminarmente, sujeitando-se, desta forma, ao mandado de segurança. O relator passa a ter o dever, e não mais a faculdade, de não converter o agravo de

⁴⁸ A técnica de se utilizar conceitos vagos na legislação entende-se ser a juridicamente mais adequada, pois consegue uma maior abrangência da realidade. Ao delimitar casos específicos, o legislador acaba por excluir hipóteses que, pela intenção inicial da norma, deveriam nela ser incluídos. Com o conceito vago, o legislador permite ao magistrado que, ao aplicar a lei ao caso concreto, verifique se o caso em apreço está de acordo ou não com a intenção do legislador. Mas mesmo cabendo ao magistrado esta verificação, aplicando-se a norma ao caso concreto, preenchendo através da apreciação o espaço deixado pelo legislador, ainda assim ele poderá incorrer em ilegalidade, pois a norma que utiliza-se do conceito do vago foi concebida buscando-se gerar sempre ‘uma só decisão: a melhor’

⁴⁹ PAVAN. Dorival Renato. *Comentários às leis nº. 11.187 e 11.323, de 2005: o novo regime do agravo, o cumprimento da sentença e a lei processual civil no tempo*. São Paulo: Editora Pillares, 2006. p. 68 *opud* BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., *Comentários ao Código de Processo Civil, do Processo Cautelar*. Vol. XI, Porto Alegre: Editora Letras Jurídicas.

instrumento em retido, como também em deferir o efeito suspensivo ou o efeito ativo se estiverem presentes os pressupostos.

Assim, se o relator se depara com uma situação em que a parte consegue demonstrar a existência de lesão grave e de difícil reparação, e sendo relevante a fundamentação, não tem ele a *liberdade de escolha* entre o *conceder* ou *não conceder* o efeito suspensivo almejado, ou a tutela antecipada, mas um *dever de assim* agir, já que não estará diante de um ato verdadeiramente discricionário, senão que vinculado, que o impele a uma só direção, qual seja, abster-se de converter o agravo de instrumento em agravo retido e apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela de mérito, deferindo-a, ou o pedido de suspensão ao recurso (art. 558), de igual forma deferindo-o.⁵⁰

No entanto, ainda assim, quem apreciará se estão presentes os requisitos ou não será o Relator, e este tentará, no uso de suas atribuições, tomar a decisão mais correta segundo o direito. Mas nem sempre isso ocorre. Muitas vezes ao decidir situações que envolvam conceitos vagos, o magistrado incorre em ilegalidade, contrariando ou desviando-se do que foi determinado por lei. Mas mesmo quando se trata de conceito vago, em que cabe ao magistrado completar a lacuna deixada intencionalmente pela lei, ainda assim é possível identificar ilegalidade no ato, e mesmo nestes casos, em que a prova é complicada pela “vagueza” das definições, caberia mandado de segurança para defender direito líquido e certo das conseqüências de tal ato ilegal.

Ainda segundo Pavan:

Nessa ótica, não é difícil definir que a ilegalidade ou abuso de poder, nos casos previsto no artigo 527, parágrafo único, do CPC, ocorrerão quando o juiz praticar uma das condutas ali previstas que tenha eficácia *contra a liberdade no exercício de um direito líquido e certo* que a parte reputa ter e que, por não ter sido reconhecido pelo relator do agravo de instrumento, poderá lhe ocasionar lesão grave e de difícil reparação. Aí estar-se-á diante da ilegalidade que, somada à existência de um direito líquido e certo, poderá permitir o uso do mandado de segurança.⁵¹ (grifo do autor)

Além de demonstrar a ilegalidade cometida pelo relator nas decisões dos incisos II e II do artigo 527, terá o impetrante que atender aos demais requisitos

⁵⁰ PAVAN. Dorival Renato. *Comentários às leis nº. 11.187 e 11.323, de 2005: o novo regime do agravo, o cumprimento da sentença e a lei processual civil no tempo*. São Paulo: Editora Pillares, 2006. p. 68-69.

⁵¹ PAVAN. Dorival Renato. *Comentários às leis nº. 11.187 e 11.323, de 2005: o novo regime do agravo, o cumprimento da sentença e a lei processual civil no tempo*. São Paulo: Editora Pillares, 2006. p. 67.

legais exigidos para o cabimento do mandado de segurança, ou seja, terá que demonstrar que seu direito é líquido e certo e que está na iminência de sofrer lesão grave e de difícil reparação em decorrência ato ilegal, além dos requisitos exigidos para o deferimento da liminar em mandado de segurança.

4.3 MANDADO DE SEGURANÇA COMO SOLUÇÃO À IRRECORRIBILIDADE PREVISTA NA NOVA LEI DO AGRAVO

Como já mencionado anteriormente, historicamente sempre se tentou evitar o uso do mandado de segurança como meio para combater decisão judicial. Mas quando ocorre de uma decisão judicial ofender um direito líquido e certo, podendo lhe causar lesão grave e de difícil reparação, e não estiver previsto no ordenamento jurídico um recurso que possa eficazmente proteger este direito, é inevitável que a via mandamental seja usada para tal proteção.

Se não houver outro meio para combater decisão ilegal do relator que converta agravo de instrumento em retido ou que indefira efeito suspensivo ou ativo a agravo de instrumento que mereça tal providência, devido ao afastamento expresso da nova redação do parágrafo único do artigo 527 do CPC, alternativa não há a não ser fazer uso do mandado de segurança para a proteção do direito ameaçado.

E isto fica perfeitamente claro através da interpretação a *contrario sensu* do artigo 5º, II, da Lei 1.533/51, e, igualmente, da Súmula 267 do STF, que acabam por postular que caberá mandado de segurança quando não houver recurso previsto no ordenamento jurídico para combater certa decisão, respeitando-se, logicamente, como já mencionado, os demais requisitos do *mandamus*.

Por não haver recurso cabível às decisões dos incisos II e III do artigo 527 do CPC, e, principalmente, pelo parágrafo único da mesma norma afastar expressamente qualquer meio de combate à tais decisões, dúvida não há de que o mandado de segurança é, sim, meio cabível para tal combate.

Até este momento – a promulgação da Lei 11.187/2005 – é sabido que as hipóteses de cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais de juiz que viessem a causar lesão grave e de difícil reparação a direito líquido e certo, eram muito restritas, e este processo de esvaziamento do cabimento de tal instituto nestas

condições evoluía desde a reforma do CPC de 1994. No entanto, com a reforma de 2005 acerca do processamento do agravo, ressurge o uso do mandado de segurança contra ato judicial, quebrando bruscamente a tendência de se evitar este uso anômalo do instituto.

A falta de interesse processual existente até então – por existirem na legislação processual recursos suficientemente eficazes para se combater lesão grave ou de difícil reparação que pudesse advir de ato judicial ilegal – que impedia o uso do *mandamus* para combater tais atos, agora deixa de existir. Passa a ter interesse processual todo jurisdicionado que tenha seu direito lesionado por uma das decisões dos incisos II e III do artigo 527, agora irrecorríveis por força do parágrafo único, quando estas forem ilegais.

Dorival Renato Pavan explica como deverá ser a impetração nesses casos:

O pedido que deverá formular, no caso, variará de acordo com a decisão do relator. Se for decisão de conversão do agravo de instrumento em agravo retido, o objeto do mandado de segurança será para destrancar a retenção e ordenar que o relator – autoridade coatora – processe regularmente o agravo de instrumento e aprecie a liminar, deferindo-a, ou não, segundo os elementos constantes dos próprios autos de agravo.

Se a decisão for negativa da liminar ou da antecipação de tutela do mérito recursal, o objeto do mandado de segurança será o de pleitear-se a liminar no *mandamus* para que seja concedida aquela mesma liminar contida no agravo (ou negada, dependendo de quem estará interpondo o *writ*), tendo em vista o risco de ineficácia da medida, se for concedida apenas ao final.

Em todas as hipóteses, a parte deverá demonstrar a existência de *direito líquido e certo* e o *ato ilegal* ou arbitrário cometido pelo relator e, mais ainda, a ineficácia da medida, se for concedida apenas ao final, diante da lesão grave e irreparável que a parte estará sofrendo se o processamento do agravo (com apreciação da liminar) ou a própria liminar, não forem imediatamente tutelados.⁵²

Não há dúvidas, portanto, que até o presente momento, estando em vigência a redação do artigo 527, incisos II e III e parágrafo único, do Código de Processo Civil, dada pela Lei 11.187/2005, o mandado de segurança é o único meio viável para combater qualquer ilegalidade decorrente das decisões de conversão de agravo de instrumento em agravo retido e de atribuição, ou não, do efeito suspensivo ou do efeito ativo a agravo de instrumento.

⁵² PAVAN. Dorival Renato. *Comentários às leis nº. 11.187 e 11.323, de 2005: o novo regime do agravo, o cumprimento da sentença e a lei processual civil no tempo*. São Paulo: Editora Pillares, 2006. p. 62.

4.3.1 Breve relato acerca das peculiaridades da impetração

O mandado de segurança tem seu processamento determinado pela Lei 1.533/51- que está inteiramente em vigor -, sendo o Código de Processo Civil subsidiário à referida lei quando não a contrariar. Por ser bastante antiga, a lei de regência do instituto está, muitas vezes, em desconformidade com as modificações ocorridas no sistema processual ao longo destes anos, e caberá ao jurista verificar se as normas do CPC podem ser aplicadas ao mandado de segurança. O objetivo deve ser sempre o de manutenção das características especiais do instituto, como a celeridade, cognição sumária e eficácia potencializada, podendo o CPC ser, muitas vezes, mais eficiente quanto a isso do que a lei de regência.

Quanto ao processamento do mandado de segurança contra ato judicial, deverão ser aplicadas as mesmas normas que quando contra ato administrativo, pois o mandado de segurança é um só instituto, independente do ato ou autoridade contra quem será impetrado.

Na verdade, como lembra Teresa Arruda Alvim Wambier, não se pode criar uma teoria do mandado de segurança contra atos administrativos e outra, deferente, contra atos judiciais, pois a medida é regulada pelos mesmos dispositivos, quer em nível constitucional, quer em nível infraconstitucional.⁵³

Caberá, no presente trabalho, apenas o apontamento de algumas peculiaridades que a impetração de mandado de segurança contra ato judicial, do qual não cabe recurso, possui. Somente os pontos que possuem alguma ponderação a ser feita nesta hipótese de cabimento serão analisados.

O objeto do mandado de segurança, segundo Hely Lopes Meirelles, “será sempre a correção de *ato ou omissão de autoridade*, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante”⁵⁴.(grifo do autor)

Quando impetrado contra ato de magistrado, o mandado de segurança, além de visar corrigir a decisão ilegal, segundo Teori Albino Zavascki, também

⁵³ AURELLI, Arlete Inês. *O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 151.

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Tem por objeto a defesa do direito ao devido processo legal, nele compreendido o direito à efetividade das sentenças e dos recursos assegurados pelas leis processuais. O que se busca obter é medida de tutela provisória apta a assegurar a eficácia prática da tutela definitiva em vias de formações.⁵⁵

O prazo para a impetração do mandado de segurança será de 120 dias a contar da data em que o ato impugnado passa a ser capaz de produzir seus efeitos, podendo lesionar o direito do impetrante. No caso de o ato impugnado ser decisão irrecorrível, este prazo conta-se diretamente da publicação da mesma, ou da intimação pessoal da parte se esta ainda não houver constituído procurador.

Como estamos tratando especificamente das decisões irrecorríveis do artigo 527, o prazo será contado a partir da publicação da decisão que converta agravo de instrumento em retido ou que decida acerca do efeito suspensivo ou antecipação de tutela, devendo-se lembrar que o pedido de reconsideração ao relator não interrompe o prazo para a impetração do mandado de segurança.

Quanto às partes, as regras aplicáveis são as do mandado de segurança em geral. No que concerne à legitimidade passiva, também aqui o Poder Público será o legitimado, pois ele responderá pelo ato e pelas custas do processo. O magistrado que proferiu a decisão atacada figurará apenas como autoridade coatora, representando o Poder Público em primeira instância.

Haverá litisconsórcio necessário entre o Poder Público e o adversário do impetrante, pois a decisão a ser proferida no mandado de segurança atingirá diretamente sua esfera jurídica. Nas palavras de Arlete Inês Aurelli:

A sentença proferida no mandado de segurança desconstituirá o ato judicial impugnado, e a alteração não se dará apenas em relação ao impetrante, mas atingirá igualmente seu adversário. Assim, inegavelmente há litisconsórcio necessário entre o poder Público e o adversário do impetrante. Se o impetrante deixar de promover a citação de seu adversário, o mandado de segurança deverá ser extinto, sem julgamento do mérito, por falta de legitimidade processual.⁵⁶

⁵⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo, Saraiva, 1997. p. 123.

⁵⁶ AURELLI, Arlete Inês. *O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 152.

Para impetração do mandado de segurança, deve existir interesse processual, formado pela conjugação da necessidade, da utilidade, e da adequação da via processual escolhida. A parte deve necessitar da ação como único meio de conseguir a satisfação de seu direito; deve também obter alguma vantagem do ponto de vista prático com interposição da ação, além de ter que utilizar o meio processual adequado para obter a satisfação do direito.

No mandado de segurança contra os atos judiciais irrecorríveis previstos no artigo 527 do Código de Processo Civil, estes três requisitos são preenchidos, sendo o mandado de segurança o único meio de impugnação, podendo eficazmente proteger o direito ameaçado do impetrante.

5 CONCLUSÃO

O uso do mandado de segurança contra as decisões irrecuráveis do artigo 527 do Código de Processo Civil, mesmo ainda não pacificado na jurisprudência, já é uma realidade enfrentada nos tribunais pátrios. Pelo estudo das normas que regem o instituto, juntamente com a nova sistemática do agravo, é inevitável a aceitação de tal impetração. E isto porque a atual legislação processual não oferece outra solução à irrecorribilidade de decisões judiciais.

Analisando-se a Lei 11.187/2005 apenas no que concerne às mudanças introduzidas no artigo 527 do Código de Processo Civil quanto à irrecorribilidade das decisões ali previstas, chega-se à conclusão de que houve um retrocesso.

As reformas anteriores à referida lei, na busca do aperfeiçoamento do sistema, sempre conseguiram solucionar problemas presentes no ordenamento que davam ensejo ao uso do mandado de segurança contra ato judicial. Tanto que tal uso praticamente desapareceu do cotidiano dos tribunais, sendo a impetração contra ato judicial de caráter excepcional.

Mas indo a direção contrária às reformas anteriores - que vinham sendo realizadas desde a década de setenta - a última reforma na legislação processual quanto ao procedimento do recurso de agravo volta a dar margem a uma impetração considerada anômala do mandado de segurança. Muitas vezes até prejudicial ao sistema processual, que tem os recursos como a forma correta de atacar atos decisórios advindo do Poder Judiciário.

Importante salientar que não é uma crítica a toda a reforma introduzida pela Lei 11.187/2005, mas sim no que concerne à brecha deixada pelo legislador para que o mandado de segurança voltasse a ser usado corriqueiramente contra ato judicial. Vários fatores ajudam a elucidar que tal brecha deixada não trás benefício algum ao ordenamento, até pelo contrário, como já dito anteriormente.

Uma das críticas que existe desde o início do uso do mandado de segurança contra ato judicial, é que há uma certa banalização deste instituto, criado com fins tão nobres e amparado como garantia constitucional. Mesmo sendo admirável a criatividade dos juristas nacionais em solucionar problemas decorrentes das falhas do ordenamento processual, usar a via mandamental contra atos judiciais muitas vezes desprestigia o instituto. Isso porque, ele acaba por ter sua função reduzida a

simples sucedâneo recursal, tendo funções muito pequenas para um instituto tão grande.

Na atual realidade, o remédio constitucional está cumprindo uma função que anteriormente era do chamado “agravinho”, previsto no artigo 557 do Código de Processo Civil. Não que tal recurso não tenha importância, mas esta, perto da relevância que tem o mandado de segurança na garantia de um Estado de Direito, é bastante pequena. Aqui, a via mandamental servirá apenas pra dar processamento ao agravo de instrumento ou reformar decisão liminar desfavorável quanto ao efeito suspensivo ou ativo do agravo. Função que tem sua importância na preservação do princípio do devido processo legal e da inafastabilidade do Poder Judiciário, mas que poderia caber a um instituto menos abrangente.

Tal cabimento também tem um problema de ordem prática. Teoricamente o mandado de segurança servirá para evitar lesões decorrentes dos incisos II e III do artigo 527 do Código de Processo Civil. Mas na prática, tal proteção se torna de difícil acesso pela dificuldade de se cumprir os requisitos do instituto nestes casos, quais sejam: direito líquido e certo e ilegalidade ou abuso de poder. Na prática, é muito complicado demonstrar que tais requisitos existem e, devido a isso, a maioria dos mandados de segurança nestes casos são indeferidos liminarmente, como se pode observar na jurisprudência juntada em anexo. O mandado de segurança é via adequada, mas é quase impossível demonstrar seus requisitos.

A explicação que se dá à previsão de irrecorribilidade das decisões que convertem agravo de instrumento em retido e que decidem acerca do deferimento, ou não, do efeito suspensivo e do efeito ativo, é a tentativa de diminuir o número de agravos interpostos nos Tribunais e, conseqüentemente, o número de recursos sobre as decisões de tais agravos. Como é sabido, desde a reforma de 1995 o número de agravos nos Tribunais pátrios só vem aumentando, sendo estes até mesmo chamado de “Tribunais de Agravos”.

Todo este problema decorre da excessiva recorribilidade prevista em nosso ordenamento. Um problema cultural, que não será resolvido com reformas esparsas ao Código de Processo Civil. Não é a previsão de decisões irrecorríveis que diminuirá o número de recursos interpostos nos Tribunais.

A eliminação do agravo interno como recurso às decisões do artigo 527 leva apenas a uma modificação da via recursal utilizada, pois remanesce a necessidade de revisão da matéria impugnada pelo Tribunal. Portanto, os objetivos de desafogar

os tribunais e de dar mais celeridade ao processo não conseguiram ser atingidos por esta nova reforma.

Com estas reformas – e falando especificamente da Lei 11.187/2005 - o que o legislador processual está conseguindo é apenas transformar os “Tribunais de Agravo” em “Tribunais de Mandado de Segurança”, trazendo a tona um problema que já havia sido superado há bastante tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRES FILHO, Durval. *As 10 faces do mandado de segurança*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

ALVIM, Arruda; PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Mandado de segurança contra ato judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

ALVIM, J. E. Carreira. Irrecorribilidade das liminares previstas no art. 527, II e III, do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 139, p. 103-105, set. 2006.

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

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BOCHENECK, Antonio César. *A autoridade coatora e o ato coator no mandado de segurança individual*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspestos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Legitimidade passiva em mandado de segurança contra ato jurisdicional*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspestos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Mandado de segurança*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Francisco Antonio. *Mandado de segurança e controle jurisdicional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ORIONE NETO, Luiz. *Panorama atual do mandado de segurança contra ato judicial*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspestos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PAVAN, Dorival Renato. *Comentários às leis nº. 11.187 e 11.323, de 2005: o novo regime do agravo, o cumprimento da sentença e a lei processual civil no tempo*. São Paulo: Editora Pillares, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. *Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 revisitadas*. In. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspestos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Júlio César Ballerini. Considerações acerca da utilização do mandado de segurança para exame de atos judiciais. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto, n. 69, set. 2005.

WALD, Arnaldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. ed. rev e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. O mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 107, p. 223-239, jul.-set. 2002.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo, Saraiva, 1997.

ANEXOS