

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**MANDADO DE SEGURANÇA PARA CONFERIR  
EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO QUE NÃO O  
TENHA: APLICAÇÕES E IMPLICAÇÕES**

Monografia submetida ao Departamento de Direito Privado e Social para  
obtenção de carga horária na disciplina DPS 5802 - Monografia

Por ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

Orientador: Des. NAPOLEÃO XAVIER DO AMARANTE

Florianópolis, dezembro de 1995

05480 25 02 02

M 00 03

209 / 1995

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A Banca Examinadora resolveu atribuir a nota \_\_\_\_\_ ao aluno ALEXANDRE MORAIS DA ROSA na disciplina DPS 5802 - Monografia, pela apresentação deste trabalho.

Banca Examinadora:

---

Presidente

---

Prof. Membro

---

Prof. Membro

## AGRADECIMENTOS

Aos meus caríssimos pais, Rogério e Rosângela, irmãos e familiares, em especial tios Adriano e Rosane, pela minha formação.

À minha adorada Maria Ester W. Moritz.

Ao meu orientador, Des. Napoleão Xavier do Amarante, pelas judiciosas ponderações e paciência ensejadoras da concretização deste trabalho.

Aos magistrados, José Antônio Torres Marques, um segundo pai, Cesár A. M. R. de Abreu, Otávio José Minatto, Des. Orli Rodrigues, Des. João Martins e Des. Carlos Prudêncio, pelos exemplos de amor e dedicação à Justiça.

Aos demais amigos de lá e de cá que contribuíram de alguma forma nesta pesquisa, em especial, Letícia W. Rosa, Leandro A. Azevedo, Sheila Brito, Mônica Entres e George Gil.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	01
2. PREVISÃO LEGAL .....	02
3. OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA <i>LATU SENSU</i> .....	06
4. AUTORIDADE COATORA .....	09
5. MAGISTRADO COMO AUTORIDADE COATORA .....	12
5.1. Inexistência de ilegalidade e/ou abusividade no despacho que recebe o recurso .....	15
6. DIFERENÇA ENTRE AUTORIDADE COATORA E SUJEITO PASSIVO NO MANDADO DE SEGURANÇA .....	18
6.1. Sujeito passivo no mandado de segurança impetrado contra ato de magistrado - implicações .....	20
7. O USO ALARGADO DO <i>WRIT</i> E A PRECLUSÃO .....	24
7.1. Uso alargado do <i>writ</i> .....	24
7.2. Da preclusão .....	30
8. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO .....	35
8.1. Recurso desprovido de efeito suspensivo .....	36
8.2. Legitimidade .....	39
8.3. Tempestividade .....	40
8.4. Preparo .....	41

8.5. Ato judicial comisso e impossibilidade de impetração no caso de omissão ...	43
9. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA JURISDICIONAL .....	50
9.1. <i>Fumus boni iuris</i> .....	50
9.2. <i>Periculum in mora</i> .....	53
10. ASPECTOS PROCESSUAIS .....	56
10.1. Informações prestadas pelo impetrado .....	56
10.2. Liminar .....	59
10.3. Eficácia da liminar .....	63
10.4. Recurso da liminar concedida no mandado de segurança - Agravo Regimental .....	66
10.5. Indeferimento de plano do mandado de segurança .....	73
10.6. Atuação do Ministério Público .....	74
10.7. Julgamento do recurso objeto da impetração .....	74
11. PRAZO PARA IMPETRAÇÃO .....	76
12. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - INVIABILIDADE .....	79
13. CONCLUSÃO .....	82
14. BIBLIOGRAFIA .....	84

## 1. INTRODUÇÃO

O mandado de segurança, hodiernamente, tem se mostrado como meio hábil e eficaz para satisfação dos interesses maculados por atos advindos de quaisquer tipo de autoridades, sejam elas executivas, legislativas ou judiciárias. Dentre estes passivamente legitimados, encontra-se a figura do Magistrado, que como órgão integrante da Justiça, presta a tutela jurisdicional.

Nesta realidade, construiu-se com o passar dos anos, a figura do mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso que não o tenha, com sua aplicação oblíqua para conceder, por sua força mandamental intrínseca, suspensão artificial dos efeitos do decisório de primeiro grau até superveniente análise do Tribunal *ad quem*.

Evidentemente, por tratar-se de construção paulatina da jurisprudência, não apresenta os esteriótipos comuns dos institutos processuais pátrios, em sua grande maioria previstos taxativamente na legislação ordinária, dando margem às mais diversas concepções e entendimentos, tornando-o uma matéria desprovida de bases sólidas e homogêneas.

Sob esse prisma, a sistematização do instituto com a finalidade ora estudada, não com o exaurimento do tema, mas com pequenas perquirições de ordem legal e crítica, pode servir de subsídio aos aplicadores de direito no embate diário do manejo do mandado de segurança para salvaguarda de bens jurídicos atingidos por decisões judiciais não definitivas.

## 2. PREVISÃO LEGAL DO INSTITUTO

Deixa-se de fazer uma incursão a nível de doutrina e jurisprudência, sobre os primórdios da construção teórica do mandado de segurança, para deter-se, apenas, ao campo da ordem jurídica.

O mandado de segurança, como meio de defesa do cidadão, ante ato emanado de autoridade pública, foi acolhido em texto Constitucional, com um atraso, segundo Pontes de Miranda<sup>1</sup>, de mais de vinte anos, pela primeira vez em 1934, com o seguinte teor:

*“Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito líquido e certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do ‘habeas corpus’, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado de segurança não prejudica as ações petórias competentes”<sup>2</sup>.*

Com a promulgação da Lei nº 191/36 restou mantido, os moldes da previsão legislativa de 1934.

A Lei Magna de 1937 foi omissa, não prevendo o uso do mandado de segurança.

Em 1939, a lei nº 1.608, que institui o Código de Processo Civil, apesar de trazer previsão expressa do manejo do mandado de segurança,

---

<sup>1</sup> Tratado das Ações, Revista dos Tribunais, tomo VI, 1976, p.42.

<sup>2</sup> Constituição de 1934, art. 113, n.33.

vedou a impetração contra o Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

O texto Constitucional de 1946 retirou a vedação imposta pela lei nº 1.608/39, alargando a defesa do cidadão frente as diversas autoridades públicas.

Posteriormente, com a promulgação da lei nº 1.533/51, em 31.12.51, que então modificava as disposições do Código de Processo Civil relativas ao Mandado de Segurança, erigiu-se o texto legal infraconstitucional básico que regula o tema até os dias atuais.

Desde a edição da Lei nº 1.533/51, o texto legal regulamentador do procedimento passou a estar inserto neste regramento legal, que sofre o balizamento da Carta Política, não só por força de sua hierarquicamente superior, bem como pela sua contemporaneidade.

Neste passo, os dispositivos Constitucionais que se sucederam, cronologicamente, não afetaram até a Carta de 1988, o texto expresso no referido artigo, eis que as Constituições de 1967 e 1969, mantiveram, na prática, os moldes já consagrados.

Por certo, porém, é que, com o advento da referida Carta Magna, onde há preocupação latente com os interesses sociais e democráticos, o *mandamus* foi reafirmado como instrumento de defesa do cidadão ante a violação de direito líquido e certo violado ou ameaçado por ato abusivo e/ou ilegal de autoridade pública.

Preceitua o art. 5º, LXIX:



*“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas corpus’ ou ‘habeas data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”<sup>3</sup>.*

A despeito dessa cronologia legislativa, a maior ênfase ao mandado de segurança é dada na esfera da doutrina e da jurisprudência, onde ela encontrou as mais diversificadas impetrações com objetivos os mais variados e não pensados originariamente, motivo pelo qual para aquilartar-se a verdadeira essência do instituto, necessário ter-se sempre em mente o balizamento constitucional somado ao texto da lei nº 1.533/51.

Neste sentido é o escólio do professor Celso Ribeiro Bastos<sup>4</sup>:

*“Sob a égide da preceituação constitucional (ausente, diga-se de passagem, tão-somente da Constituição de 1937), a doutrina e legislação incumbiram-se de dar corpo ao instituto, revestindo-a da normatividade necessária à regularização do casuísmo da vida prática. É óbvio, contudo, que esta normatização infraconstitucional há de ser sempre entendida e delimitada pelos parâmetros que lhe são traçados pela Lei Maior. É sob a inspiração de tal princípio, ao qual procuraremos sempre nos manter fiéis que empreenderemos a seguir a tarefa de trazer a lume os pontos básicos que conferem vida e alma ao instituto.”*

---

<sup>3</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LXIX.

<sup>4</sup> Do Mandado de Segurança, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 33.

Portanto, as disposições Constitucionais devem servir de norte, na aplicação do mandado de segurança ao caso concreto e sopesadas as características específicas da hipótese, com a subsunção do ordenamento infraconstitucional, haver a devida prestação jurisdicional.

### **3. OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA, SENTIDO LATU**

Consabidamente o mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física, jurídica ou entes legimados *ad processo*, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*, lesado ou ameaçado de lesão por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público.

De logo, o direito suscetível de análise pela via mandamental há de ser líquido e certo, nos precisos termos do art. 5º, LXIX e LXX da Carta Política de 1988 e art. 1º da lei específica, nº 1.533/51. Neste passo, a causa de pedir deve estar delimitada nos moldes retro expostos, não sendo extensível a todo e qualquer direito, por mais que esteja sendo atingido por ato de autoridade pública.

Por direito líquido e certo, cuja expressão utilizada pela letra da lei propiciou durante os anos subsequentes ao seu batizado por João Mangabeira<sup>5</sup>, a discussão sobre qual o acordo semântico, sua abrangência e delimitação, cumpre trazer os diversos conceitos propostos pelos tratadistas pátrios, dentre estes, Hely Lopes Meirelles<sup>6</sup>, ensina que:

*“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 aplicação for*

---

<sup>5</sup> Revista de Processo, Revista dos Tribunais, nº 39, pag. 18.

<sup>6</sup> Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 16ª edição, Malheiros, 1995, p. 28.

*duvidosa, se a extensão não estiver delimitada; se o exercício depender de situações de fato ainda indeterminadas, não rende ensejo à segurança, embora possa ser deferido por outros meios judiciais.”*

Ruy Barbosa Nogueira<sup>7</sup>, por sua vez afirma:

*“... a expressão direito líquido e certo significa fato líquido e direito certo, isto é, cabe a proteção rápida do mandado de segurança nos conflitos que não haja necessidade de apuração fática, por que ao ser impetrada a ordem, o fato já é líquido ou transparente, bastando ao juiz fazer a subsunção nas normas vigentes e eficazes. Em outras palavras, basta-lhe demonstrar a qualificação normativa do fato líquido e certo determinando ao inadimplente sua observância sob as penas da lei.”*

Carlos Alberto Menezes Direito<sup>8</sup> buscando a lição de Orizimbo Nonato coloca:

*“A expressão direito líquido e certo, herdeira de ‘direito certo e incontestável’, da Constituição de 1934, tem o alcance próprio de direito manifesto, evidente, que exsurge da lei com clareza, ‘que é sombreado a qualquer dúvida razoável e maior do que qualquer controvérsia sensata’, dispensando ‘a alta indagação de fatos intrincados, complexos ou duvidosos’”.*

---

<sup>7</sup> Curso de Direito Tributário, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 281.

<sup>8</sup> Manual do Mandado de Segurança, São Paulo, Renovar, 1994, p. 58

A jurisprudência também cunhou sua conceituação, sendo clássica a definição assim vazada: “Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano, por documento inequívoco.”<sup>9</sup>

Estes são os conceitos erigidos em torno da figura do direito líquido e certo pressuposto para impetração do mandado de segurança com qualquer objetivo jurídico, não escapando da regra geral a intentada contra ato de órgão do poder judiciário.

Portanto, para ser viável juridicamente a impetração do mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso, há de ser mensurável e palpável o vilipêndio de direito líquido e certo do litigante em processo monocrático por ato judicial proferido por magistrado.

Vale dizer: direito líquido e certo é o que apresenta nexos cognitivo sumário relativamente aos fatos em consonância com o ordenamento jurídico eficaz.

---

<sup>9</sup> Teothonio Negrão, 26ª edição, Saraiva, 1995, nota 9.

#### 4. AUTORIDADE COATORA

A impetração do mandado de segurança pressupõe a existência de um ato advindo de autoridade pública. A autoridade, no caso presente, deve ser entendida em sentido amplo, ou seja, é o ato de quem quer que exerça a função em nome do Estado. Quando o Estado defere juridicamente função pública, o titular deste direito torna-se representante de sua vontade e por via de consequência sujeito aos meios legais de controle dos atos estatais.

Certo é, contudo, que a legitimação passiva há de ser entendida restritivamente, isto é, somente o agente público que detiver o poder de decisão, a gerência sobre o ato atacado é que poderá responder por sua legitimidade e figurar como impetrado na ação de segurança.

Hely Lopes Meirelles<sup>10</sup> ensina:

*“Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples ato executórios e, por isso, não responde a mandado de segurança, pois é apenas executor da ordem superior.”*

---

<sup>10</sup> Op.cit. p. 25.

O impetrado necessita possuir o poder decisório sobre o fundamento da impetração. A autoridade impetrada, para que se possa existir eficácia do comando advindo da decisão judicial proferida no *mandamus*, deve ter o poder de dar cumprimento ao mandamento judicial no contexto real, eis que se o impetrado não possuir poderes modificadores do ato impugnado, a impetração será inócua.

A indicação errônea da autoridade impetrada impede que o órgão julgador modifique de ofício a autoridade impetrada, sob pena de afronta ao disposto no art. 2º do Código de Processo Civil<sup>11/12</sup>.

Desta forma, autoridade coatora para efeitos mandamentais, significa o agente que direta e imediatamente pratica o ato, ou se omite quando deveria praticá-lo, e não o superior hierárquico que recomenda ou baixa normas para sua execução.<sup>13</sup>

No caso em estudo, a autoridade impetrada é o Magistrado que estiver em exercício na unidade jurisdicional donde partiu o ato judicial impugnado, independentemente de existir coincidência entre o Magistrado que proferiu a decisão e o que responderá, na condição de impetrado o mandado de segurança, pois o objeto da impetração é o ato judicial e a circunstância do

---

<sup>11</sup> "Indemonstrado que a autoridade indigitada como coatora praticou o ato apontado como ilegal ou com abuso de poder, conceitualmente, não se qualificando legitimamente *ad causam* para figurar no pólo passivo do Mandado de Segurança, configura-se a carência do direito de ação, impondo-se a extinção do processo. - O Juiz não pode, de ofício, modificando o pedido, substituir a autoridade erroneamente indicada como coatora por outra, conseqüentemente, fixando competência." (STJ, REsp. nº 43.276-6-SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 04.09.95, p. 27.804)

<sup>12</sup> "Mandado de Segurança - Autoridade Coatora - Ilegitimidade Passiva - Carência de Ação - Extinção do Processo - Artigos 2º e 267, VI, CPC. 1. É firme a jurisprudência no sentido de que, no Mandado de Segurança, a errônea indicação da autoridade coatora, afetando uma das condições da ação (*legitimatío ad causam*), acarreta a extinção do processo, sem julgamento de mérito, especialmente quando influi na fixação de competências matéria de ordem pública, que não fica submetida à vontade ou conveniência do impetrante. 2. O Juiz verificada a equivocada indicação, não pode substituir a vontade do sjeito ativo da ação pela sua, substituindo na relação processual o sujeito passivo, afrontando o princípio dispositivo, pelo qual cabe ao autor escolher o réu que deseja demandar."(STJ, REsp. nº 55.947-2-DF, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 02.10.95, p. 32.331)

<sup>13</sup> "A autoridade impetrada é a de que emana (ou emanará) o ato que, embora baseado em norma geral editada por superior hierárquico, se alega como violador de direito líquido e certo do impetrante." (STF - MS 20.921-6-DF, rel. Ministro Moreira Alves, DJU 05.05.89, p. 7.160).

prolator deste não encontrar-se mais prestando a tutela jurisdicional perante aquela unidade, não impede o exercício do direito de manejar o *writ* para conferir efeito suspensivo ao recurso interposto contra ato judicial.

Portanto, o impetrado é a figura do Magistrado, e não a pessoa física deste, motivo pelo qual, eventual modificação territorial, não acarreta a perda do direito ao uso do mandado de segurança.



## 5. MAGISTRADO COMO AUTORIDADE COATORA

Anteriormente à expedição da lei nº 1.533/51 havia uma discussão, tanto na doutrina como na jurisprudência, acerca da inserção da figura do Magistrado como autoridade coatora passível de figurar como impetrado na ação mandamental.

Contudo, após a edição da lei nº 1.533/51, em uma interpretação combinada com o texto constitucional em vigor, resta claro, a possibilidade de tal impetração, eis que o togado, indubitavelmente, é autoridade pública no exercício da jurisdição.

Diz o art. 5º, II da lei nº 1.533/51: “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 correção”.

Pelo sistema positivo pátrio, partindo de uma interpretação gramatical, poder-se-ia aventar a impossibilidade do manejo do mandado de segurança contra ato judicial, tendo em vista a previsão expressa<sup>14</sup> e a possibilidade recursal preconizada no Código de Processo Civil.

O corolário de tal entendimento está estampado na Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, assim vazada: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção.”

Entretanto, baseado em exegese teleológica, onde o legislador ordinário não poderia nos incisos retirar a eficácia do *caput*, e, tendo em vista

---

<sup>14</sup> art. 5, II, lei nº 1.533/51.

a reiterada construção jurisprudencial erigida em torno da impetração mandamental, ela é real e remansosa no cotidiano forense.

Neste sentido, vale destacar as ponderações de Arruda Alvim<sup>15</sup>:

*“A essência do legislador ordinário foi inarredavelmente a de estender o âmbito de cabimento do Mandado de Segurança ao ato judicial. Do contrário, nem se teria redigido o art. 5, II da lei 1.533/51. Por outro lado, seria demais afirmar-se que o legislador teria redigido um dispositivo absolutamente inútil, e mais, que desdissesse, através do inc. II, o seu caput. Teria sido mais simples dizer-se, tivesse sido esta a intenção do legislador: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial e não, anunciando que não cabe, em tais e tais hipóteses, criar uma espécie de beco sem saída; não cabe em hipótese alguma. Ou seja, em outras palavras, é inconcebível que haja um dispositivo legal cujos incisos desligam o caput. Se houver aparente contradição entre o caput e seus incisos, cumpre ao intérprete dar um sentido aos incisos, de molde a que dêem rendimento ao caput, e não de forma a esvaziá-lo.”*

Desta forma, no caso de recurso sem efeito suspensivo, o ordenamento jurídico, ao prever o duplo grau de jurisdição, das decisões proferidas pelos juízes monocráticos, garantiu aos litigantes, a reanálise da decisão pelo Tribunal *ad quem*, desde que regularmente processado o reclamo. A supressão do efeito suspensivo, olvidada em alguns recursos, pode acarretar ao recorrente, danos de difícil ou incerta reparação por força da

---

<sup>15</sup> Op. cit. p. 12-13.

efetivação da decisão determinada pela autoridade judiciária, surgindo, pois, o interesse de agir, lastreador da impetração do remédio heróico.

Nesta realidade, o objeto natural do *writ*, ato advindo de autoridade administrativa, cede lugar ao ato judicial emanado de órgão da justiça, que por não se tratar de coisa julgada definitiva, legitima a invocação do *mandamus*. É que neste momento a vontade do agente, expressa pelo decisório judicial, representa a 'vontade do Estado' no exercício da jurisdição.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>16</sup> é esclarecedor:

*"A vontade do agente é imputada diretamente ao Estado, ou seja, é havida como sendo própria do Estado e não de alguém diferente dele, distinto dele. O que o agente queira, no exercício de sua atividade funcional - pouco importa se bem ou mal desempenhada - entende-se ser o que o Estado naquele momento quis, ainda que haja querido mal. O que o agente fez nestas condições faça é o que o Estado fez"*

Nesta mesma linha silogística Hely Lopes Meirelles<sup>17</sup> preleciona:

*"O objeto normal do mandado de segurança é o ato administrativo específico, mas por exceção presta-se a atacar as leis e decretos de efeitos concretos, as deliberações legislativas e as decisões judiciais para as quais não haja recurso capaz de impedir a lesão ao direito subjetivo do impetrante." E conceitua: "...decisões judiciais, para fins de mandado de segurança, entendem-se os atos jurisdicionais*

---

<sup>16</sup> Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p.71-72.

<sup>17</sup> Op. cit. p.32-33.

*praticados em qualquer processo civil, criminal, trabalhista, militar ou eleitoral, desde que não haja recurso ou seja esta sem efeito suspensivo."*

Assim, o togado singular, seja ele da esfera Federal ou Estadual, está sujeito a figurar como autoridade coatora em mandado de segurança que vise conferir efeito suspensivo ao recurso devidamente formulado, em face do exercício de sua atividade judicante, sem que se constitua, contudo, em um ataque direto de seu ato, eis que análise definitiva do mérito de seu decisório é resguardada para o julgamento do reclamo interposto. A impetração objetiva, exclusivamente, a supressão dos danos de difícil ou incerta reparação decorrentes da efetivação imediata, isto é, antes de reanalisado pelo Juízo *ad quem* o acerto da medida.

### **5.1. O Despacho que recebe o recurso - Inexistência de ilegalidade ou abusividade**

Cumprido desfazer, de plano, erro comum existente neste tema referente ao despacho proferido que recebe o recurso de apelação ou defere a formação do agravo de instrumento como sendo o ato judicial atacável e gerador do interesse de agir, fundamento da impetração.

Referentemente ao despacho que recebe a apelação escreve J. M. Barbosa Moreira<sup>18</sup>:

---

<sup>18</sup> Comentários ao CPC, São Paulo, Forense, 1978, p. 526.

*“Independentemente de requerimento (que seria supérfluo) do apelante, deve o juiz declarar, ao receber a apelação os efeitos por ela produzidos (art. 518). Não significa isso, de lege lata, que se conceda qualquer margem de discricção na matéria: ao declarar os efeitos, tem de cingir-se o órgão judicial, estritamente, ao que a lei estabelece.”*

Com efeito, não há qualquer tipo de escolha em atribuir efeitos diversos (devolutivo e suspensivo) ao recurso senão o expressamente previsto na legislação processual pertinente, sob pena de exorbitância jurídica e aí sim configurar-se ato arbitrário por negativa de vigência dos artigos que conferem apenas efeito devolutivo ao reclamo.

Ao contrário, teríamos que a interposição de tais recursos gerariam, de plano, os efeitos não tutelados pelo legislador ordinário e inexistente nos textos legais incidentes, configurando ato desprovido de sustentáculo jurídico por parte do togado singular.

Ademais, não existe margem interpretativa ou de eventuais construções jurisprudenciais acerca desta ou aquela hipótese. O efeito é meramente devolutivo.

Neste particular é de ressaltar, que há uma grande diferença entre o recurso de agravo de instrumento e o de apelação. Isto porque o recurso de agravo de instrumento ataca despacho interlocutório, e sentença desafia apelação.

A diferença mostra-se justamente nos efeitos. A interposição de agravo de instrumento não importa em suspensão alguma no curso do processo, que mantém sua marcha processual normal, somente sendo modificada no caso do efeito suspensivo buscado por esta via. Já no caso de

apelação, apesar do recurso ser apenas no efeito suspensivo, mormente, a executabilidade do provimento judicial fica condicionado ao interesse do litigante, em estabelecer a execução provisória, com as garantias e peculiaridade inerentes ao procedimento, confluindo, em muitos casos, na aceitação tácita pelo recorrido, ao não promovê-la, do efeito suspensivo ao recurso.

Segue-se destes apontamentos, que o ato do Juiz que recebe o recurso apenas em seu efeito legal não atenta contra qualquer tipo de direito líquido e certo da parte litigante no processo, por agir estritamente nos termos legais, inexistindo a figura inderrogável da ilegalidade, arbitrariedade ou teratologia.

Eventual inconformismo referente ao danos provenientes do decisório objurgado são preexistentes ao despacho que recebe o recurso, aliás irrecorrível<sup>19</sup>, motivo pelo qual é despicienda qualquer análise sobre o mesmo, para os fins ora vislumbrados, eis que a pertinência subjetiva do reclamo surge quando do ajuizamento do recurso, onde seus efeitos são de antemão conhecidos.

---

<sup>19</sup> Art. 504, do Código de Processo Civil.

## **6. DIFERENÇA ENTRE AUTORIDADE COATORA E SUJEITO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA**

A autoridade tida como coatora, ao prestar suas informações faz a defesa do ato impugnado dela emanado, não se confundindo, entretanto, com a pessoa jurídica de direito público que representa, a qual possui a legitimidade material de arcar com os efeitos decorrentes do decisório advindo do *mandamus*.

No caso de Juizes Estaduais, o Estado respectivo, em sendo Juizes Federais, a União deverá satisfazer eventual condenação nas custas processuais, eis que a verba honorária é incabível no caso.<sup>20</sup>

Não é a primeira vez que o tema concernente à diferença entre autoridade coatora e sujeito passivo de direito surge em foco. A doutrina brasileira faz alusão a esta diferenciação entre autoridade coatora e sujeito passivo no mandado de segurança.

O mestre Hely Lopes Meirelles<sup>21</sup> assevera:

*“O impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou órgão a que pertence e ao qual o seu ato é imputado em razão do ofício. (...) Quanto aos efeitos patrimoniais da decisão final serão suportados pela Fazenda Pública atingida pelo ato do coator, esteja ou não representada no processo. Por outras palavras, a execução específica ou in natura do mandado de segurança cabe à autoridade coatora, os efeitos patrimoniais da condenação tocam à entidade a*

---

<sup>20</sup> Súmulas 512 STF e 105 STJ.

<sup>21</sup> Op. cit., p. 44-45.

*que pertence o coator. Em face dessa situação processual estabelecida pela lei, ficou dispensada a citação da Fazenda, bastando a notificação da autoridade coatora, para instauração da lide. A dispensa da citação, conquanto constitua uma norma procedimental, encontra justificativa na necessidade de simplificação e celeridade do processo de mandado de segurança”*

Marco Aurélio Greco<sup>22</sup> em feliz síntese, consigna:

*“Feita a distinção, temos que a parte passiva do mandado de segurança, como ação, será a pessoa jurídica de Direito Público, único com personalidade jurídica, capacidade processual e titularidade do interesse substancial. Será esta que poderá praticar todos os atos processuais, inclusive apelar e acompanhar o processo até o final, isto porque ato de funcionário praticado nessa qualidade é ato de pessoa jurídica e não de Fulano de Tal.”*

Desta forma, o Magistrado ao proferir seus despachos ou prolatar suas sentenças age em nome do Estado, no exercício da prestação jurisdicional exigida pelos litigantes do Estado-Juiz. Sua atividade é por decorrência legal, distribuída pela competência<sup>23</sup>, e a responsabilidade deste resulta desta circunstância.

---

<sup>22</sup> Revista de Processo, Revista dos Tribunais, nº 5, 1977, p. 343.

<sup>23</sup> Código de Processo Civil, arts. 86- 124 e Constituição Federal, arts. 102-126.



### **6.1. Sujeito Passivo do Mandado de Segurança impetrado contra ato de Magistrado**

Como já realçado, não se pode confundir autoridade coatora com sujeito passivo. A autoridade coatora é legitimada para prestar as informações solicitadas pela autoridade judiciária competente para analisar seu ato no decêndio legal (art. 7º, I da lei nº 1.533/51). E só. Apesar de figurar como primeiro demandado, por ter dela emanado o ato que se impugna.

A pretensão e a resistência estão sendo discutidas e compostas no processo em que o impetrado figura ou figurou como órgão da justiça, no exercício da jurisdição, sendo-lhe, despicienda, por via de consequência o interesse na composição favorável a qualquer das partes do mandado de segurança. Decorre daí, que seus atos judicantes não são objeto de análise, vale dizer, não estão sendo julgados por esta via heróica, mas sim estão sendo afastadas as possibilidades danosas e de inversão duvidosa se efetivados.

Desta forma, tendo em vista a responsabilidade estatal por atos judiciais, a pessoa jurídica de direito público, em suas duas esferas judiciais (Federal e Estadual), é o Sujeito Passivo do *mandamus* contra magistrado, sem que tal condição lhe confira, entretanto, interesse legítimo para atuar e compor a lide como parte, salvo o interesse genérico de promover a jurisdição, por atribuição Constitucional.

Inexiste qualquer interesse processual na defesa ou não da legalidade do ato advindo da vontade do magistrado em um processo do qual não faz parte e não possui qualquer interesse jurídico direto, específico, mensurável.

Pode-se objetar que em caso de concessão da segurança, as custas processuais serão satisfeitas pelo erário público, não só as custas finais como também as iniciais adiantadas pelo impetrante<sup>24</sup>.

Considerada a questão sob este prisma, mostra-se defensável o liame existente entre a autoridade judiciária e o Estado, na consecução da prestação jurisdicional e a participação do ente público no processo na defesa de seus interesses patrimoniais teleológicos.

No entanto, o Estado possui um quadro de profissionais jurídicos voltados para sua defesa, nas lides aforadas diretamente contra a pessoa jurídica de direito público, ou no caso de mandado de segurança, contra membros do Poder Executivo, em disputas envolvendo situações fáticas com implicações jurídicas ligadas ao seu *mister*, sendo, portanto, indefensável sua participação na lide, como assistente, por ser totalmente despropositada sua vinculação com ação decorrente do exercício da jurisdição, ou seja, entre os particulares e o Estado-Juiz.

Outra questão de relevância aparece quando o Estado figurar como impetrante da ação mandamental. Neste caso, ter-se-ia a defesa deste em ambos os lados da relação, estabelecendo-se uma confusão de ordem processual, com o Magistrado como autoridade coatora, o Estado como impetrante e Sujeito Passivo do mesmo *writ*, mormente em mandados contra Juízes Federais. É que se necessária a participação do Estado, como pessoa jurídica de direito público, em todo mandado de segurança manejado contra Juiz, e, ao mesmo tempo for impetrante ou litisconsorte passivo necessário<sup>25</sup>, sua defesa será incompatível juridicamente, pois estará em ambos os lados - será impetrante e sujeito passivo - demonstrando, assim, que sua participação

---

<sup>24</sup> "MANDADO DE SEGURANÇA - REEMBOLSO DAS CUSTAS. Com a segurança concedida, a sucumbente está sujeita à devolução das custas antecipadas pelo impetrante." (STJ - Resp. nº 65.749-0 - São Paulo, rel. Ministro Garcia Vieira - 1ª Turma, unânime, DJU 14.08.95, pág. 24.001).

<sup>25</sup> Litisconsorte passivo por decorrência de processo perante o juízo singular.

efetiva, apesar de legítima, não se mostra necessária, em face dos contornos peculiares desta hipótese.

Ademais, o mandado de segurança prevê procedimento específico e célere, não comportando delongas que lhe retirem a característica de remédio constitucional rápido, pronto e eficaz.

De outra banda, a participação do Ministério Público, nos processos desta natureza é inarredável, sendo nulo o procedimento que deixar de providenciar sua manifestação como *custos legis*, surgindo daí sua obrigação relevante de salvaguardar os direitos das partes e do Estado, que arcará com a eventual concessão da segurança.

Não se diz que a defesa do Estado deva ser feita pelo Ministério Público, mas, sim, de que a participação deste tornaria despicienda o chamamento do Estado para compor à lide. Além do que, o litisconsórcio passivo do litigante no processo originário do *mandamus* é inderrogável, sob pena de nulidade ou extinção do feito<sup>26 27</sup>, incumbindo ao Ministério Público officiar para resguardar os direitos tutelados legalmente e o litisconsorte defender o ato inquinado, excluída, pois, a participação efetiva do Estado, pessoa jurídica de direito público da contenda.

Relativamente ao tema, Hely Lopes Meireles<sup>28</sup> escreve:

*“O Ministério Público é oficiante necessário no mandado de segurança, não como representante da autoridade coatora ou da entidade estatal a que pertence, mas como ‘parte pública autônoma’*

---

<sup>26</sup> “Mandado de Segurança. Litisconsorte Necessário. Ausência de citação para integrar a relação processual. Art. 47, § único, do CPC. Anulação do feito.” (STJ - RMS. nº 2606-1-DF, rel. Ministro Américo Luz, 2ª Turma, DJU 28.08.95, p. 26.610).

<sup>27</sup> “RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSORTE NECESSÁRIO. CITAÇÃO. 1. Extingue-se o Mandado de Segurança se o autor não promoveu, no prazo, a citação dos litisconsortes necessários - Súmula 145, extinto TFR. 2. Recurso improvido.” (STJ - RMS 4966-3-SP, rel. Ministro Edson Vidigal, 5ª Turma, DJU 21.08.95, p. 25.380).

<sup>28</sup> Op. cit. p. 48.

*incumbida de velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo. Daí por que, ao oficial nos autos, não está no dever de secundar as informações e sustentar o ato impugnado quando verifique a sua ilegalidade.”*

Releva, ainda, salientar que após o julgamento do mandado de segurança existe a possibilidade recursal de ambas as partes habilitadas no processo. Assim, do acórdão proferido pode haver recurso do impetrante, em caso de denegação da segurança ou do litisconsorte passivo necessário, que sofre os efeitos da decisão, falecendo ao togado impetrado qualquer tipo de irresignação recursal, uma vez que além desta pertencer ao Estado, não pode perder sua imparcialidade na condução do feito originário e perder-se na defesa irrestrita de seu ato judicante.

Acontece, ainda, que oposto recurso ordinário pelo impetrante as contra-razões de recurso deveriam, tecnicamente, ser ofertadas pelo Estado, que como anteriormente demonstrado não têm qualquer tipo de vinculação com a demanda estabelecida entre particulares, incumbindo, por decorrência silogística, ao litisconsorte passivo este ônus processual, não se esquecendo, todavia, do parecer Ministerial que conforta a aplicação do direito na hipótese.

Isto posto, apesar de estar o Estado, pessoa jurídica de direito público, legitimada para participar do mandado de segurança como sujeito passivo, não se apresenta justificável sua habilitação, em face das peculiaridades intrínsecas desta hipótese mandamental, cabendo-lhe, exclusivamente, arcar com o ônus da sucumbência, isto é, o pagamento das custas processuais, concedida a segurança.

## 7. O USO ALARGADO DO WRIT E A PRECLUSÃO

### 7.1. O uso alargado do writ

O mandado de segurança, para conferir efeito suspensivo a recurso que não o possui, vem se constituindo numa realidade cada vez mais freqüente nos Tribunais, com o paulatino abrandamento da Súmula nº 267<sup>29</sup> do Supremo Tribunal Federal.

O *leading case* que deu nova vida ao mandado de segurança contra ato judicial é datado de 05.12.73, relatado pelo Min. Xavier de Albuquerque, em que restou consignado pelo Pretório Excelso: "Ação de segurança para impugnar ato judicial. É admissível no caso em que do ato impugnado advém dano irreparável cabalmente demonstrado"<sup>30</sup>.

No voto proferido pelo Min. Xavier de Albuquerque, após detalhar todo histórico do Supremo Tribunal Federal acerca dos casos de mandado de segurança contra ato judicial, culminou em fixar que a regra geral é o incabimento deste e a exceção se dá no caso do ato judicial causar dano irreparável.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção".

<sup>30</sup> RE. nº 76.909-RS, RTJ 70, p.504.

<sup>31</sup> "A questão é velha de quarenta anos e ainda não encontrou solução satisfatória. Desde quando a Constituição de 1934, acudindo aos reclamos da realidade e aos conselho dos doutos, extraiu do *habeas corpus*, nos termos em que o Supremo Tribunal Federal o havia aclimatado às condições e necessidades brasileiras, uma das costelas, e com ela deu corpo e vida à nova criatura que se constituiu no mandado de segurança, angustiam-se juristas e juizes com o problema de seu cabimento contra atos judiciais. Há mais de 20 anos, quando a primeira disciplinação do instituto, contida na L. 191, de 16.1.36, já estava substituída pela dos arts. 319 e segs. do C.P.C., o douto Victor Nunes Leal reclamou, em estudo doutrinário, contra o inveterado, prejudicial e lastimável casuismo com que o assunto vinha sendo tratado pela jurisprudência de nossos Tribunais. Sobreveio a L. 1.533, de 31.12.51, ainda vigente, em cujo art. 5º, inc. II, alguns otimistas viram solução satisfatória para a questão. Ledo engano, porém, porque a tormentosa persevera e o censurado casuismo continua a reger, fragmentariamente e sem sistema, o comportamento dos Tribunais."

Após a prolação deste aresto pela Suprema Corte Constitucional pátria, as barreiras interpretativas que recaiam sobre a plausibilidade jurídica do manejo do mandado de segurança contra ato judicial restaram demovidas e a vedação imposta pela Súmula nº 267 foi abrandada pelo próprio órgão jurisdicional que havia lhe dado vigor.

Hoje pode ser dito, mercê de dúvidas, que o mandado de segurança é uma realidade inexorável da busca real, imediata e efetiva de desterrar o dano irreparável da esfera jurídica do impetrante, em face de ato judicial desprovido do status de *res judicata*. Vale dizer, que não caracterizada a impossibilidade de modificação do entendimento esposado pelo decisório objurgado, pela ocorrência da preclusão, plenamente manejável o mandado de segurança, para suspender impositivamente a eficácia do comando positivo daí advindo.

Com efeito, toda construção jurisprudencial gira em torno da ocorrência do dano de difícil e incerta reparação, o qual será objeto específico mais adiante. Constitui-se, na verdade, o sustentáculo da tese ora enfrentada, justamente pelo fato do direito não ser motivo de opressão, mas de solução de conflitos, à luz do ordenamento jurídico vigente.

Neste passo, os recursos desprovidos deste tipo de efeito - suspensivo - se afiguram como objeto do mandado de segurança, que concedido implicará, tão-somente, na retirada da auto-executabilidade do ato judicial.

Impende salientar, neste particular, que os debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da necessidade da prévia interposição regular do recurso como pressuposto para o conhecimento do *writ* são de grande relevância para o entendimento do posicionamento esposado no presente estudo, em face de alguns aspectos intrincados que decorrem da aceitação do ataque via *mandamus* diretamente.

Os que defendem aludido ponto de vista, baseiam-se na circunstância de que o mandado de segurança é ação autônoma e como tal pode ser ajuizada independentemente do aforamento de recurso para atacar atos judiciais, de vez que a ilegalidade violadora de direito líquido e certo decorre do próprio ato judicial, inexistindo exigência legal da prévia interposição de recurso ordinário.

Todavia, a interposição de mandado de segurança pressupõe a existência de lide autônoma, onde os atos decisórios prolatados pelo Estado-Juiz lhe conferem a marcha natural e legal. Os recursos, por sua vez, objetivam evitar a ocorrência do trânsito em julgado das decisões proferidas no curso do processo ou que entregam a prestação jurisdicional monocrática, devolvendo ao Tribunal *ad quem* a possibilidade de aquilatação da plausibilidade jurídica invocada em confronto com a motivação emanada do ato judicial.

Sob esse prisma, para discussão das violações de direito líquido e certo, imperiosa mostra-se a interposição dos recursos processuais postos à disposição do litigante, para que o mandado de segurança possa servir, meramente, para desterrar o dano irreparável ou de difícil reparação da órbita da esfera jurídica do impetrante.<sup>32 33</sup>

Arruda Alvim<sup>34</sup> anota:

*“... os meios próprios de que dispõem as partes para vulnerar os atos do Juiz são os recursos e, em casos mais raros, as ações*

---

<sup>32</sup> “Mandado de Segurança. Ato judicial. Firmou-se a jurisprudência do STJ em não admitir o mandado de segurança como sucedâneo de recurso cabível contra o ato judicial impugnado. Recurso conhecido e provido.” (STJ - REsep. nº 31.167-0-SP, rel. Ministro Costa Leite, 3ª Turma, DJU 28.08.95, p. 26.628).

<sup>33</sup> “PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL RECORRÍVEL. - Incabimento. Tranquila jurisprudência superior sobre incaber o mandado de segurança contra decisão judicial contra a qual não se interpôs o recurso cabível.” (RMS. nº 3.288-SP, rel. Ministro José Dantas, 5ª Turma, DJU 28.08.95, p. 26638.)

<sup>34</sup> Op. cit., p. 11

*impugnativas autônomas. Por isso o mandado de segurança não pode ser usado para vulnerar estes atos, indiscriminadamente, ou seja, no lugar e em vez dos recursos ou no lugar e em vez das ações impugnativas autônomas. Este terceiro parâmetro não pode ser afastado sob pena de, praticamente, inutilizar-se todo o sistema recursal do Código de Processo Civil e ficarem sem função as ações impugnativas autônomas, uma vez que o Mandado de Segurança seria usado no lugar de todos esses remédios, ou seja, dos recursos e das ações autônomas.”*

Confrontado diametralmente esta posição, Celso Agrícola Barbi<sup>35</sup> adverte ser:

*“de fundamental importância não esquecer que o mandado de segurança é uma garantia processual assegurada diretamente pela Constituição Federal. A fonte de onde ele promana não permite que a lei ordinária restrinja o seu alcance. Essa lei deve ser regulamentadora do seu uso e não pode ser restringidora dele”*

Em feliz síntese do pensamento de Celso Agrícola Barbi, Carlos Alberto Menezes Direito<sup>36</sup> se expressa:

*“O ilustre professor da Universidade Federal de Minas Gerais ataca com vigor a concepção que condiciona o uso do mandado de segurança contra ato judicial à prévia e tempestiva interposição do*

---

<sup>35</sup> Do Mandado de Segurança, Forense, Rio de Janeiro, 5ª edição, 1987, p. 146

<sup>36</sup> Op. Cit. p. 48.



*recurso cabível contra o ato. Entende ele que se a interposição é necessária, é preciso indagar que destino terá o recurso. Conclui que se a exigência for apenas para evitar a preclusão é desarrazoada e cria condição não prevista na Constituição e na lei própria. Se o recurso tiver de ser julgado, o problema é que o julgamento será repetido, tornando inútil o recurso. Inverte, ainda, contra a concepção de alguns juízes, os quais, para contornar tais dificuldades evidentes, entendem que a finalidade do mandado de segurança é anular o ato argüido de ilegal, mas apenas dar efeito suspensivo ao recurso interposto e que, por lei, não o tem. O mestre mineiro entende que tal concepção 'é ainda mais criticável do que a outra'. Em primeiro lugar porque, salvo no caso do art. 558, do CPC, a lei não autoriza o julgador a dar efeito suspensivo a um recurso. (...) Além disso, para ser concedido o mandado de segurança, é necessário que o Tribunal reconheça que o ato foi ilegal e violador de direito líquido e certo do impetrante. Essa decisão só pode ser tomada com o exame pleno, completo e definitivo da questão"*

Apesar da linha de raciocínio implementada pelo nobre tratadista mineiro, não se pode simplesmente ignorar a existência dos recursos ordinários plenamente utilizáveis pelo impetrante, meios hábeis e próprios para ataque dos provimentos judiciais desde que interpostos a tempo e modo, evitando-se, assim, o uso do mandado de segurança como remédio processual para qualquer tipo de decisão judicial deixando à margem toda sistemática recursal existente na legislação específica e afrontando o disposto na súmula 268 do Supremo Tribunal Federal<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> "Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado."

Necessário rebater a assertiva de que o mandado de segurança é ação prevista constitucionalmente e que, por tal razão nenhuma lei infra-constitucional pode lhe restringir seu uso e abrangência.

Sem olvidar que num primeiro momento esta construção possua nexos silogístico - A Constituição é a lei maior, nela não existe restrição ao exercício do mandado de segurança, sendo, pois, írrita a vedação ou condição imposta por lei infra constitucional ou construção jurisprudencial - necessário perquirir-se sobre outros diplomas infra-constitucionais que, mesmo sendo normas de inferior graduação, restringem o manejo do mandado de segurança.

Os casos previstos legalmente de impossibilidade de concessão de liminar<sup>38</sup> incluem-se nos hipóteses em que se pode, mediante a mesma regra silogística, chegar à conclusão de que inexistindo vedação na Carta Política, não poderia lei de menor escala vedar a eficácia plena do instituto.

Entretanto, não é essa, sem dúvida, a melhor interpretação hermenêutica incidente sobre as restrições impostas ao mandado de segurança contra liberação de mercadorias alfandegárias, reenquadramento ou equiparação de funcionários públicos. A proibição legal decorre da competência legislativa e mostra-se legítima, tendo em vista que ao legislador Constituinte não cabe regular toda e qualquer hipótese de utilização do instituto, apenas dispõe sobre a possibilidade de manuseio de seu potencial ante ato ilegal ou abusivo de autoridade pública.

Kazuo Watanabe<sup>39</sup>, é enfático: “o ser garantia constitucional não torna o mandado de segurança um substitutivo incondicional dos recursos e tampouco panacéia geral para toda e qualquer situação.”.

---

<sup>38</sup> Lei nº 4.348/64, art. 5º; Lei nº 5.021/66, art. 1, § 4º; Lei nº 7.969/89 e Lei nº 2.770/56, art. 1º.

<sup>39</sup> Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra atos judiciais, Revista dos Tribunais, SP, 1980, p. 104/105.

Ademais, como pondera Sílvio Dobrowolski<sup>40</sup> “na moderna concepção do Estado Social, não há direitos individuais absolutos, capazes de exigir o sacrifício do interesse da coletividade.”.

## **7.2. Da preclusão**

A questão da preclusão processual, como já visto, merece destaque no presente trabalho, tendo em vista que o processo visa à consecução da vontade da lei e a preclusão alcança as questões suscitadas no seu decorrer. As pretensões e resistências são ofertadas, decididas e ultrapassadas até restar configurada a coisa julgada.

O mestre Chiovenda<sup>41</sup> expõe o tema com sua peculiar categoria:

*“O instituto da preclusão possibilita ao legislador o seu propósito de imprimir maior precisão ao processo, de tornar possível a definitiva certeza dos direitos e assegurar-lhe rápida satisfação. (...) elemento no qual se concentra a essência da preclusão, a saber, a perda, ou extinção, ou consumação, ou como quer que se diga, de uma faculdade processual pelo só fato de se haverem atingido os limites prescritos ao seu exercício.”*

Chiovenda enumera três situações diferentes das quais decorre a preclusão assim definida, a saber: a) por não ter sido observada a ordem ou a oportunidade determinada pela lei para a realização de um ato; b) por ter sido

---

<sup>40</sup> Revista de Direito Público, Revista dos Tribunais, julho/setembro - 1985, São Paulo, nº 75, p.82.

<sup>41</sup> apud: Antônio Alberto Alves Barbosa, Da Preclusão Processual Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 29/30

praticada uma atividade incompatível com o exercício da outra; c) por já ter sido exercida uma vez, validamente, a mesma faculdade.

Desta forma, a utilidade da preclusão no processo é inarredável. A sucessividade de atos processuais propulsores da demanda até a sentença, que entrega a prestação jurisdicional de primeiro grau deve ocorrer de maneira clara, objetiva e precisa, garantindo a segurança e a otimização da atuação do Estado-Juiz na consecução de seu *munus*.

Lopes da Costa<sup>42</sup> assevera: “quando, para realização de um ato processual, se dispõe que, findo o prazo que lhe foi assinado, ele não mais se pode realizar, cria-se o que se chama de uma preclusão.”

A preclusão garante a observância de dois princípios: o da ordem legal, isto é, a sucessividade de atos ordenados previamente, em fases distintas e o da eventualidade, que obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque e defesa evitando a desordem e o tumulto processual.

Possibilita a coesão necessária para o exercício da jurisdição no processo, permitido que o instrumento para efetivação do direito se legitime com regras preestabelecidas, conhecidas dos litigantes e possibilitando o tratamento igualitário, pilar mestre das sociedades democráticas.

Antônio Alberto Alves Barbosa<sup>43</sup>, pondera sobre a necessidade do estudo, utilização e importância da preclusão:

*“A nosso ver, a preclusão é um verdadeiro instituto, instituto dos mais importantes, no qual repousa a eficiência do processo. É ordem, é disciplina, é lógica. É, em suma, o imperativo de que*

---

<sup>42</sup> *apud*: Op.cit., p. 36.

<sup>43</sup> Op. cit., p. 50.

*decorre a necessidade de serem todos os atos e faculdades exercitados no momento e pela forma adequados, de modo a imperar a ordem e a lógica processuais. É, em última análise, o instituto que estabelece um regime de responsabilidade, impondo a prática dos atos processuais no momento exato, pela forma adequada e conforme a lógica. A preclusão é o instituto que impõe a irreversibilidade e a auto-responsabilidade no processo e que consiste na impossibilidade da prática de atos processuais fora do momento e da forma adequados, contrariamente à lógica, ou quando já tenham sido praticados válida ou invalidamente.”*

Neste passo, a preclusão processual é instituto de importante relevância no âmbito do mandado de segurança contra ato judicial. Consiste na perda da faculdade processual ante a inércia manifestada na fase procedimental pertinente, com a conseqüente extinção da possibilidade de interposição do recurso plausível, tornando imutável entre as partes o ato decisório, então, irrecorrido.

Admitida a impetração direta do ato judicial, sem a prévia interposição de recurso, estar-se-á deferindo efeito *rescindente*<sup>44</sup> ao mandado de segurança, eis que poderá violar os direitos processuais adquiridos durante o procedimento, acarretando numa total desconsideração da ocorrência da preclusão no âmbito do processo brasileiro, acrescentando ao ato judicial o prazo de 120 (cento e vinte dias) de mutabilidade, via recurso de mandado de segurança.

---

<sup>44</sup> Trata-se de efeito rescindente o que intervêm na relação processual posta, modificando o entendimento alcançado pela preclusão intra autos e que mostra-se imutável, ante a inércia demonstrada pela parte em sua aceitação ou mesmo pelo manejo de recurso inidôneo ou ainda por não haver insurgência regular, vale dizer, recurso sem ataque de ponto específico, objeto da impetração.

Importante é ter-se que a preclusão pressupõe a idéia de perda, seja da possibilidade da realização do ato ou da modificação dos já praticados, em face da inércia da parte em promover validamente os recursos processuais, no exercício de direito plenamente renunciável. Os casos em que não há possibilidade de renunciar o direito de apelar receberam, por parte do legislador, a devida tutela com a instituição do reexame necessário.<sup>45</sup>

Jorge Americano<sup>46</sup> preleciona que: "No regime das preclusões assenta toda a marcha do processo, não permitindo tornar ao que passou."

Por tais razões, a existência antecedente regular e própria do recurso mostra-se de fundamental necessidade, em face da verificação da ocorrência da preclusão do ato judicial objeto do recurso, para somente após esta certificação haver aquilatação sobre eventual ocorrência de dano de difícil e incerta reparação<sup>47 /48</sup>.

Aliás, o processo é meio de consecução do direito objetivo, sendo processado e julgado perante os órgãos monocráticos da Justiça, que junto ao cidadão prestam a tutela jurisdicional de maneira direta e imediata. A atuação do Tribunal, mediante a liminar emanada do relator do *writ* atua obliquamente no feito, interferindo em seu curso normal, gerando efeitos inexistentes até então e, retirando, por via de consequência, a efetividade do ato proferido pelo impetrado.

---

<sup>45</sup> Art. 475 do Código de Processo Civil e § único do art. 12 da Lei nº 1.533/51.

<sup>46</sup> *apud*: Op.cit. p. 50.

<sup>47</sup> "MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO JUDICIAL. - É admissível o mandado de segurança contra decisão judicial, desde que interposto, a tempo e modo, o recurso comum cabível, de modo a evitar a preclusão ou a coisa julgada. - Recurso a que se nega provimento." (STJ - RMS. nº 4.443-2-BA, rel. Min. Antônio Torreão Braz, DJU 11.09.95, p. 28.830).

<sup>48</sup> "PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. NECESSIDADE DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO PRÓPRIO PARA EVITAR A PRECLUSÃO. A jurisprudência tem admitido o emprego do mandado de segurança para atacar decisão judicial suscetível de acarretar dano irreparável, todavia subordinando o conhecimento da impetração à interposição do recurso próprio, só este o meio adequado para evitar a preclusão. Recurso ordinário improvido." (STJ, RMS nº 4648-6-SP, rel. Ministro Ari Pargendler, DJU 18.09.95 p. 29.952).

Nesta realidade, mostra-se inarredável a prévia e regular interposição do recurso processual previsto na legislação procedimental incidente sobre o direito invocado, sob pena de prestar-se a tutela jurisdicional, via grau recursal, de decisão monocrática alcançada pela preclusão, instituto necessário para existência da coesão processual ensejadora da entrega do provimento jurisdicional definitivo<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> "Mandado de segurança contra ato judicial passível de agravo de instrumento, porém não interposto o recurso. Em caso tal, o mandado de segurança não tem cabimento, salvo hipótese excepcional (decisão teratológica, ou sem forma e sem figura). Impetrantes julgados carecedores da segurança (extinto o processo, sem exame de mérito) Recurso ordinário não provido." (RMS nº 6.038-SP, 3ª Turma, rel. Ministro Nilson Naves, DJU 16.10.95, p. 34.648).

## **8. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO**

Os requisitos de admissibilidade devem ser analisados e preenchidos antes de qualquer cognição sobre o mérito da impetração, pois garantem a segurança necessária, prevista na legislação eficaz e na jurisprudência dominante, ensejadora do competente provimento judicial de segundo grau, relativamente ao mérito da questão posta em discussão no âmbito monocrático.

O não preenchimento dos requisitos de admissibilidade, a seguir explicitados, acarreta na rejeição de plano da pretensão posta em juízo, forte no art. 8º da Lei nº 1.533/51. Preenchidos estes requisitos cabe analisar o mérito do *writ*, os quais serão objeto de análise enfática nos próximos tópicos.

O controle dos pressupostos de admissibilidade mostra-se de elevado valor jurídico, em face da segurança que deve nortear a aplicação do direito e, com maior resguardo, em se tratando de intervenção obliqua do Tribunal no fluxo normal da contendas processadas monocraticamente.

Impende destacar, neste aspecto, as ponderações pertinentes vazadas por Kazuo Watanabe<sup>50</sup>, no sentido de que inexistente esclarecido na jurisprudência os reais pressupostos para impetração de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo.

*"É realmente assustador o número de mandados de segurança impetrados contra atos judiciais. Os precedentes publicados em repertórios de jurisprudência são inúmeros. E sabemos que a*

---

<sup>50</sup> Op.cit., p. 91.



*grande maioria dos julgamentos, por não oferecer qualquer aspecto novo, não é publicada. O fenômeno é revelador, certamente, de que, ao lado da desorientação dos advogados quanto aos reais requisitos para sua impetração (desorientação que é decorrente, em grande parte, da vacilação da jurisprudência), há falhas no sistema de remédios jurídicos organizados pelo legislador processual (uma dessas falhas diz com o efeito do recurso, concedido em sistema rígido, sem qualquer margem à prudente discricionariedade do juiz), que estão a clamara por uma solução legislativa adequada e urgente."*

Preambularmente, no entanto, importante a fixação de que trata-se de juízo declaratório de admissibilidade, onde é feita simples aferição dos preenchimento ou não das condições impostas pela lei e pela construção jurisprudencial dominante para que se adentre ao mérito da impetração.

### **8.1. Recurso desprovido de efeito suspensivo - Apelação e Agravo**

Os recursos têm o escopo de obstar a ocorrência do trânsito em julgado das decisões proferidas no curso do processo, isto é, pretendem manter o debate sobre sua plausibilidade jurídica e facultar ao órgão *ad quem* a verificação do acerto do ato judicial.

Os recursos providos apenas de efeito devolutivos não são capazes, aptos, eficazes de evitar isoladamente a ocorrência potencial de danos ou possível reparação causados em decorrência da efetivação da medida judicial.

Ovídio A. Baptista da Silva<sup>51</sup>, preleciona sobre a necessidade da existência de recursos capazes de evitar a consumação de situações desprovidas de respaldo jurídico: “Ora toda função jurisdicional estaria desarmada e poderia tornar-se inócua e inoperante se a ordem jurídica não colocasse à disposição das partes os instrumentos adequados para prevenir os danos derivados desse custo processual”.

Nesta categoria encontra-se o recurso de agravo e o de apelação; o primeiro recurso intrinsecamente não possui efeito suspensivo, sua invocação decorre do proferimento de decisão interlocutória<sup>52</sup>, que decide questão incidental. Aludido reclamo possui duas formas na legislação atual: de instrumento e retido.

O chamado “agravo de instrumento” é aquele pelo qual as peças são retiradas, pelo escrivão judicial, após indicação dos litigantes somadas as indispensáveis peças obrigatórias, efetivado o traslado o agravado é intimado para apresentar contra minuta e posteriormente é proferido despacho no Juízo de retratação, onde é devolvido ao togado singular a possibilidade de rever seu ato decisório, com a subsequente remessa ao órgão julgador, satisfeito o preparo, quando exigido.

Já o agravo retido constitui-se na irresignação proposta pelo litigante, sem que haja imediato interesse na revisão ao ato impugnado, mas tão-somente, objetiva impedir a ocorrência da preclusão sobre a decisão, pela inércia. Neste caso, o recurso fica anexado aos autos, e será suscitado seu conhecimento nas razões de apelação, caso haja, com seu julgamento precedendo o da apelação.

Esta pequena digressão acerca do agravo justifica-se pela conclusão que se chega no caso de mandado de segurança com o fim

---

<sup>51</sup> As Ações cautelares e o novo CPC, Forense, 1976.

<sup>52</sup> art. 162, § 2º do Código de Processo Civil.

estudado. Os efeitos da suspensividade do ato devem ser perquiridos para vislumbrar-se a plausibilidade desta afirmação: Somente é cabível mandado de segurança para conferir efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

O agravo retido não pode ser sustentáculo da impetração por não gerar qualquer tipo de modificação do curso do processo e ficar, como o próprio nome indica, retido aos autos, ante a exclusiva escolha da parte irrisignada/agravante. Portanto, conferir-se efeito suspensivo ao decisório que o litigante optou em deixar parado, inerte no corpo do processado para posterior e eventual análise pelo Tribunal *ad quem*, não encontra guarida em face da prévia inexistência de dano de difícil ou incerta reparação pela atitude processual manejada pela parte, em contraponto à defesa de seus direitos maculados pelo ato judicial.

Ademais, o conhecimento do agravo retido reveste-se de condições supervenientes, tais como a tempestividade da apelação, o preparo no tempo e modo, o interesse de agir e o pedido de conhecimento deste mediante preliminar de apelação, sendo impossível juridicamente, o reconhecimento de dano de difícil ou incerta reparação decorrente desta sucessividade de condições futuras e incertas relativas ao conhecimento, pelo órgão de segundo grau, do recurso objeto da impetração e no qual poderá ser pleiteado o conhecimento do agravo retido<sup>53</sup>.

Tocante à apelação, a regra geral em nosso sistema legal é que o recurso de apelação possua efeitos suspensivo e devolutivo e somente por exceção, isto é, em casos taxativamente previstos há exclusão do efeito suspensivo. De logo, nos casos elencados expressamente na legislação processual existe margem ao despacho de recebimento desprovido de suspensividade.

---

<sup>53</sup> § 1º do art. 522 do Código de Processo Civil.

Apelação segundo Barbosa Moreira é o recurso por excelência<sup>54</sup>. Trata-se do meio processual idôneo para ataque de uma sentença<sup>55</sup> proferida no curso da ação perante o Juízo singular, seja ela indeferitória da petição inicial ou extintiva do processo, com julgamento de mérito, casos estampados no art. 269 da Lei Adjetiva Civil e sem julgamento de mérito, art. 267 do Código de Processo Civil.

A apelação oportuniza de reabertura do exercício cognitivo da matéria impugnada pelo aparato judicial, sendo, por via de consequência, a mais abrangente demonstração do duplo grau de jurisdição.

## **8.2. Legitimidade ativa**

A legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com o escopo de conferir efeito suspensivo, pressupõe a participação do impetrante em um dos pólos da lide, vale dizer, exige que ele esteja regularmente habilitado no processo, seja como parte ou por meio de intervenção de terceiros.

Assim, qualquer que seja o litigante no processo singular, está legitimado para impetrar o pleito mandamental, desde que exista sucumbência decorrente do ato judicial e nexa causal entre o processo e o *writ*. Entende-se que o nexa causal refere-se ao processo e o pleito deduzido no reclamo objeto da impetração, para restar caracterizado, no *jus postulandi*, o interesse de agir, exteriorizado pelo binômio utilidade/necessidade do processo.

A exigência de que o impetrante seja parte na ação que busca conferir aludido efeito ao recurso, justifica-se em face do disposto no art. 267,

---

<sup>54</sup> Op.cit. p. 461.

<sup>55</sup> art. 162, § 1º do Código de Processo Civil.

VI e art. 3º do Código de Processo Civil, e principalmente pela regra expressa no art. 6º<sup>56/57</sup> do mesmo estatuto processual, impondo-se, pois, o indeferimento da exordial, com supedâneo no art. 8º da lei específica, em se tratando de terceiro não habilitado no processo<sup>58</sup>.

### 8.3. Tempestividade

A prova da oportuna interposição do recurso, seja ele de agravo ou de apelação desprovida de efeito suspensivo, deve ser necessariamente produzida pelo impetrante, quando do aforamento da ação mandamental. Trata-se de peça essencial à definição de um dos pressupostos recursais objetivos de maior significação: a própria tempestividade do objeto do *mandamus*.

Aludida prova deve constar obrigatoriamente dos documentos entranhados à peça inaugural, sem possibilidade de dilação probatória ou emenda da exordial, como, aliás, é característica do *writ*. Pode ser comprovada mediante a juntada da cópia da petição com carimbo do distribuidor ou equivalente, dependendo da Lei de Organização Judiciária Estadual ou 'certidão' passada pelo escrivão atestando a tempestividade e o tipo de recurso.

Tal exigência mostra-se relevante tendo em vista que o objeto da ação mandamental é conferir efeito não visado pelo legislador ordinário. Ora, sendo construção jurisprudencial, fruto da adequação processual do direito as

---

<sup>56</sup> "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei."

<sup>57</sup> "Mandado de Segurança. Legitimidade *ad causam*. Se o impetrante interpôs o agravo de instrumento ao qual o mandado de segurança intenta conferir efeito suspensivo, não há falar em parte ilegítima, nem cogitar substituição processual não admitida, por isso que se postula, na ação mandamental, direito próprio. Recurso conhecido de provido." (STJ, RMS nº 4.046-1-GO, rel. Ministro Costa Leite, DJU 04.09.95, p. 27.826)

<sup>58</sup> Intervenção de terceiros, assistente, oponente ou denunciado da lide.

necessidades que afloram do seio social, este é o mínimo de segurança necessária que resguardar o instituto, evitando-se, assim, o uso desordenado e indiscriminado do instituto.

Sem ele, poder-se-ia estar suspendendo a eficácia de decisão judicial prolatada dentro dos limites legais, que não foi atacada por qualquer irresignação recursal, intempestivo ou ainda inexistente, o que é juridicamente incongruente.

A tempestividade é mero corolário temporal do recurso interposto, que para sua mensuração prescinde tenha sido corretamente manejado. Assim, interposto erroneamente o reclamo, ou seja, de sentença, cujo recurso idôneo é o de apelação, houver sido interposto agravo de instrumento e vice-versa, falta pressuposto para aquilatação da tempestividade.

Inexistente ou duvidosa<sup>59</sup> a comprovação da sua real existência, o *writ* deve ser indeferido de plano, com lastro no art. 8º da lei nº 1.533/51.

Ademais, o controle da tempestividade precisamente por constituir-se pressuposto de admissibilidade recursal de ordem pública revela-se matéria suscetível de conhecimento *ex officio*, independentemente de qualquer provocação dos litigantes que compõem a demanda.

#### **8.4. Preparo**

O preparo dos recursos é matéria que enfrenta longo e vigorosos embates na doutrina e jurisprudência pátria, em face da atual redação do art.

---

<sup>59</sup> "PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO - DÚVIDA QUANTO À TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO. - Se há dúvida à tempestividade do agravo a que se pretende emprestar efeito suspensivo, não se deve conhecer o pedido de Mandado de Segurança formulado com este objetivo." (STJ - RMS nº 5.786-0-CE, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU 11.09.95, p. 28.788).

511 do Código de Processo Civil, que determina a comprovação da satisfação das custas recursais no ato de interposição do recurso<sup>60</sup>.

No que se refere ao recurso de apelação, a controvérsia encontra-se devidamente contornada, tendo em vista que a lei processual é norma cogente, de eficácia imediata alcançando os feitos em andamento independentemente da fase processual em que se encontram, respeitados os direitos processuais adquiridos. O prévio recolhimento das custas deve ser efetivado até o lapso temporal limite de interposição da apelação.

Cândido Rangel Dinamarco, comentando a reforma implementada fixa:

*“Salvo nos casos de dispensa, o preparo é feito mediante recolhimento do valor antes da interposição recursal e virá comprovado desde logo mediante exibição de guia, que deverá acompanhar a petição de interposição (v. art. 511). Se o preparo não tiver sido até então, admite-se que o seja até o último dia do prazo para recorrer, sob pena de preclusão, porque o ato jurídico recurso não se reputa perfeito sem o preparo.”<sup>61</sup>*

No caso de agravo de instrumento, a controvérsia reside no fato do art. 511 estar inserido nas disposições gerais relativas aos recursos do Código de Processo Civil, onde o capítulo abrange tanto o recurso de apelação quanto o de agravo de instrumento.

Entretanto, consabidamente a regra geral não revoga a específica e não tendo sido expressamente retirado do mundo jurídico o art. 527 do Código

---

<sup>60</sup> “No ato de interposição do recurso, o recorrente provará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção.”

<sup>61</sup> A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 1995, p.164.

de Processo Civil por legislação processual mais recente, encontra-se plenamente em vigor, devendo por via de consequência, ser efetivada a conta e ulterior intimação do agravante para satisfazê-la no decêndio legal<sup>62</sup>.

Portanto, somente nos casos em que o recurso seja o de apelação mostra-se indispensável a comprovação *ab initio* do recolhimento das custas recursais estampadas na nova redação do art. 511 da Lei Adjetiva Civil. Em sendo agravo, pela razões declinadas, a comprovação desta circunstância constituiria em uma exigência abusiva, eis que o rito ainda em vigor não contempla este prévio depósito.

### **8.5. Ato judicial comissivo e impossibilidade de impetração no caso de negativo**

No caso em estudo, somente das sentenças comissivas, isto é, as que geram modificação do *status quo* dos litigantes é que se mostra justificável a impetração do *writ*. Vale dizer, somente das sentenças positivas, com comandos capazes de modificar a realidade pré-processual cabe a invocação do *writ*. As negativas, que rejeitam o pleito, mostra-se impossível juridicamente o manejo do mandado de segurança.

É que os casos à luz do mandado de segurança para conferir efeito suspensivo, sofrem restrição da atividade cognitiva, cingindo-se ao afastamento do dano de difícil ou incerta reparação proveniente do ato, incoorrendo a análise profunda de mérito do decisório hostilizado, o qual será analisado no reclamo competente.

---

<sup>62</sup> Neste sentido, TJSC, Agravo de Instrumento nº 9.975, de Barra Velha, rel. Des. Ori Rodrigues, 1ª Câmara Civil, acórdão unânime.



Os que defendem a impetração com fundamento no ato judicial omissivo, lastreiam seu ponto de vista em premissas equivocadas em nosso modo de entender. Para estes, a omissão decorreria do ato judicial negativo, que negou a concessão de liminar ou rejeitou a pretensão do impetrante no pleito autônomo, processado no âmbito de primeiro grau e que geraria, em face da manutenção do *status quo*, danos de difícil e incerta reparação.

Ora, toda construção judicial é baseada no afastamento do dano de difícil e incerta reparação e a suspensividade da liminar, no caso de comissiva, é de caráter acautelatório, com a suspensão de sua eficácia até a confirmação pelo órgão *ad quem*, da concorrência dos requisitos para tanto.

No entanto o ato judicial advém do livre convencimento do magistrado, que diante de questão posta à sua competência decidiu de modo negativo o pedido deduzido, dentro do princípio do livre convencimento. No caso de agravo de instrumento, o provimento negativo cinge-se ao poder de cautela do prolator, que diante dos argumentos expendidos houve por bem em negar a liminar ou mesmo relegou sua análise para após algum ato processual. Em se cuidando de apelação, a cognição silogística culminou em rejeitar o pleito exordial.

Em ambos os casos, contudo, houve pronunciamento judicial a respeito da pretensão posta em juízo, negativo ou positivo, inexistindo a aventada omissão judicial, que restaria configurada, somente quando tivesse sido invocada a tutela jurisdicional mediante a propositura de ação competente, e está não fosse objeto de análise pelo Magistrado, ante sua inércia em prestá-la. Inexistindo o descaso do judiciário ao pleito posto à sua competência, impossível taxa-se de omissivo o ato que não está de acordo com os interesses do impetrante.

Diante desta singular situação processual, negativa à pretensão posta em primeiro grau, pergunta-se: Havendo sido negada a liminar, o

mandado de segurança irá suspender a eficácia de que ato judicial? A não concessão da liminar no processo de primeiro grau faz com o que este continue como de direito, podendo o togado singular no seu inerente poder cautelar, modificar seu entendimento concedendo a liminar antes negada. Ademais, em se tratando de despacho liminar, o magistrado "realiza apenas uma cognição parcial da pretensão deduzida em Juízo"<sup>63</sup>.

Por outro lado, a concessão, em segundo grau, da liminar no feito processado perante o segundo grau, via mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a despacho denegatório, tem o fito de inverter a ordem lógico-processual, concedendo ao Tribunal o poder-competência extraordinário de rever recursalmente a liminar negada pelo Juiz *a quo*.

Impende destacar que os efeitos são diversos, quando há suspensão da liminar, para que no agravo seja discutido o acerto da decisão, a eficácia desta fica suspensa, até o julgamento do respectivo recurso. No caso de negativa do Juízo monocrático e concessão via mandado de segurança, pelo relator, da liminar anteriormente indeferida, o processo na origem sofre os efeitos diretos deste ato, com subversão das posições processuais relativas a sucumbência. Aquele que até então não possuía nenhum gravame recaído sobre seu direito, passa a ter a impositividade ínsita da liminar concedida, ficando, ainda, desprovido da possibilidade de atacá-lo, em face da jurisprudência dominante nos Tribunais da irrecorribilidade do despacho que concede ou nega liminar em mandado de segurança.

Exemplificando, poderíamos propor a seguinte situação fático-processual: Abel ajuíza ação de reintegração de posse contra Caim, com força nova e pedido de liminar. O Dr. Juiz de Direito estadual, não vislumbrando a concorrência dos requisitos legais, entende por bem negá-la. A situação fática

---

<sup>63</sup> TJSC, Agravo de Instrumento nº 1.501, de São José, rel. Des. Tycho Brahe, *in*: Jurisprudência Catarinense nº 27, 1980, p. 302

mantêm-se inalterada com Caim na posse do imóvel e Abel sucumbente no despacho.

Irresignado com o decisório, Abel agrava, a tempo e modo, e dentro dos 120 dias subsequentes impetra mandado de segurança para conferir efeito suspensivo ao recurso de agravo interposto. Pergunta-se: Qual o ato judicial com implicações no campo fático que será objeto de análise pelo relator do *mandamus* e terá sua eficácia suspensa? Simplesmente nenhum. Não há ato do Juiz que viole o direito de Abel, o que existe é uma discussão processual, legítima de ser travada no âmbito do agravo, o qual analisará o mérito da decisão. O Mandado de Segurança, *in casu*, funcionará caso aceite e concedido, como pré-julgamento sumário do agravo, fazendo com que a liminar anteriormente negada seja concedida por despacho, ou acórdão, prolatado pela segunda instância, e invertendo a posição processual anterior, no que não podemos concordar.

Neste passo, teríamos que a liminar negada pelo Juiz de Direito, dentro de seu poder de cautela inerente, sem omissão judicial alguma, foi deferido pelo juízo *ad quem* por decisão colegiada ou mesmo por despacho liminar do relator do *mandamus*, tornando inócuo o procunciamiento ulterior do agravo.

Pertinentes, neste contexto, algumas perquirições de ordem teleológica. 1ª) O que resta para ser apreciado ao agravo? O acerto do Juiz de Direito ou do Desembargador?; 2) Que recurso resta ao recorrido/litisconsorte passivo? Somente o pedido de reconsideração ou a impetração de outro mandado de segurança alegando dano de difícil ou incerta reparação advindo do despacho do relator do primeiro *writ*, ou agravo regimental?

Por tais razões, é que o mandado de segurança para conferir efeito suspensivo ao recurso desprovido deste somente mostra-se legítima quando o ato judicial for comissivo, com a modificação do *status quo* dos litigantes, para

que se possa aventar a ocorrência de danos de difícil o incerta reparação do provimento judicial, inexistindo a aventada omissão, lastreadora da concessão de liminar para deferir a liminar negada pelo togado monocrático.

O Superior Tribunal de Justiça, em despacho proferido pelo Ministro Adhemar Ferreira Maciel<sup>64</sup>, na medida cautelar ajuizada com o escopo de conferir efeito suspensivo ao recurso de apelação de ação de despejo, deixou assentado a impossibilidade de suspensão de decisão negativa: "Por fim, destaco que não tem utilidade a concessão de efeito suspensivo à decisão de provimento negativo, 'pois a suspensão do *não é nada*, já que não se transforma em *sim*.' (pet. 513-4/ES - AgRg, 4ª Turma, unânime, relator Ministro Dias Trindade)."

Nesta linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão que teve voto condutor do Ministro Athos Gusmão Carneiro, já fixou:

*"MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. INDEFERIMENTO LIMINAR, MANTIDO EM AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. Não há interesse processual em atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória da busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, ut art. 3 do Decreto-Lei 911/69. A eficácia suspensiva somente é viável em se tratando de decisão capaz de ser executada, não da decisão meramente negativa."*<sup>65</sup>

Do corpo do acórdão, extrai-se a citação da decisão objeto do recurso ordinário, proferida pelo saudoso Des. Cid Pedroso, do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

<sup>64</sup> Medida Cautelar nº 323-DF, DJU 27.09.95, p. 31.706

<sup>65</sup> RMS n. 2.441-6-SC, Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 47, p. 545

*"Ora, pergunta-se: o efeito suspensivo ao agravo que atacou a decisão denegatória da liminar teria alguma consequência prática? A resposta é um sonoro não! É que tal efeito seria inócuo, pois tem o condão de evitar a execução de um ato, não podendo determinar, por outro lado, que uma decisão denegatória venha a ser substituída por uma positiva. Falta ao impetrante, por isso, interesse processual em relação a esse pedido.*

Definitivamente, incabe a impetração de mandado de segurança quando a liminar for negativa, eis que como foi sobejamente realçado anteriormente o efeito suspensivo artificial, tem o condão exclusivo de suspender a eficácia da decisão, não podendo portanto repará-la. Somente o julgamento do agravo rende ensejo à modificação negativa à liminar.

No caso de apelação e seguindo a silogística daqueles que entendem ser cabível o *mandamus* no caso de provimento recorrido negativo, teríamos a reversão da sentença que julga improcedente o pleito por via de mandado de segurança, o que é totalmente incongruente juridicamente.

Ademais, a possibilidade recursal em ambos os casos seria relegada à inferior escala, com seu prestígio reduzido, o que não se mostra defensável em face da prévia existência dos meios próprios impugnantes das decisões monocráticas.

Por outra parte, em assim procedendo, estar-se-ia suprimindo um grau de jurisdição, pois a inversão da decisão proferida, decorreria do aforamento de um pleito de igual teor ao buscado em primeiro grau, isto é a pretensão deduzida na petição inicial, caracterizando-se em *bis in idem*, iterativamente inaceito no direito brasileiro e elevando o mandado de

segurança à condição de recurso idôneo de todo e qualquer ato judicial, com a desconsideração total da previsão legislativa recursal ordinária.

A propósito, nesta mesma linha de argumentação, existem diversos pronunciamentos judiciais, cabendo destacar, por analogia, a Súmula nº 405 do Supremo Tribunal Federal, que impede a concessão de efeito suspensivo à sentença em mandado de segurança que denega a segurança, cassando a liminar anteriormente deferida<sup>66/67</sup>, lastreadas em substratos plenamente invocáveis nos termos aqui deduzidos, no sentido de que não cabe mandado de segurança para obter efeito suspensivo da apelação contra sentença denegatória de outro *mandamus*.

Portanto, o provimento é assecuratório da eficácia da decisão que poderá modificar o comando advindo do despacho impugnado, não se confundindo com este, que deverá ser composto no meio processual próprio colocado à disposição dos litigantes que podem ou não renunciá-lo. Assim, o escopo do mandado de segurança não é corrigir a reparabilidade da lesão, mas impedir que esta lesão persista ou ocorra<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> "Mandado de Segurança. Efeito suspensivo à apelação. I - Não cabe mandado de segurança para obter efeito suspensivo de apelação contra sentença denegatória de outro *mandamus*, dado que o recurso teve efeito unicamente devolutivo." RMS nº 435-RJ, rel. Ministro Geraldo Sobral, *in*: Revista do Superior Tribunal de Justiça nº 19, p.281

<sup>67</sup> "Mandado de Segurança - Objeto - Efeito suspensivo à apelação de sentença denegatória de mandado de segurança - Inadmissibilidade - Hipótese em que implicaria em nova concessão da liminar cassada na sentença - Súmula 405 do STF - Segurança denegada." *in*: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, nº 124, p.401.

<sup>68</sup> "Mandado de Segurança. Efeito suspensivo à apelação. I - Não cabe mandado de segurança para obter efeito suspensivo de apelação contra sentença denegatória de outro *mandamus*, dado que o recurso teve efeito unicamente devolutivo." *in*: Revista do Superior Tribunal de Justiça nº 19, p.281.

## **9. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS À TUTELA JURISDICIONAL**

Aferidos os pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança, cabe adentrar ao mérito e realizar a cognição relativa à ocorrência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, requisistos inarredáveis e concorrentes para deferimento da suspensão artificial ao recurso.

No caso presente, a atividade do relator do *mandamus*, sofre uma restrição cognitiva, uma vez que o objeto de análise, via *writ*, não é de mérito do ato judicial, o qual sofrerá o competente julgamento no recurso processual dele interposto, mas do afastamento do dano de difícil ou incerta reparação decorrente de sua efetivação na esfera dos litigantes. Se a decisão atacada está correta, ou não, juridicamente, cabe ao recurso ordinário interposto julgar e não ao mandado de segurança.

Reside justamente no sopesamento desta ocorrência e somente nesta, o campo de cognição do Tribunal sobre o pronunciamento judicial, sem, no entanto, deixar-se de consignar, nesta primeira abordagem, e que será aprofundada a seguir, a imperiosidade da análise perfunctória do mérito do recurso interposto.

### **9.1. Fumus boni iuris**

Este requisito específico para concessão da liminar e da segurança enfrenta as mais diversas concepções no seio pátrio, com a doutrina e a

jurisprudência degladiando-se sobre a necessidade ou não da análise do direito invocado no recurso ordinário.

Pode-se dizer que existem três posições, frente à cognição relativa ao *fumus boni iuris*, no mandado de segurança para conferir efeito suspensivo. A primeira que entende estar configurado este requisito com a demonstração da interposição do recurso. Os segundos, que além da interposição do reclamo, defendem o pré-julgamento do recurso interposto e os terceiros que estão situados no meio termo das suas primeiras correntes.

Os primeiros entendem ser totalmente desnecessária a análise do mérito do recurso manejado, tendo em vista que o mandado de segurança estaria vinculado à supressão do dano e que o mérito é exclusivamente analisável naquele reclamo, restando ao *mandamus*, como objeto somente o dano irreparável. Assim enfrentada a situação, a concessão da liminar e da segurança estaria restrita à existência do dano, sem qualquer outra perquirição sobre o fundamento jurídico do recurso ordinário, bastando, para este, a sua interposição a tempo e modo. Em conclusão, para estes o *fumus boni iuris*, restaria configurado mediante a comprovação da interposição idônea do recurso.

Os segundos vislumbram a necessidade da análise percuciente da plausibilidade jurídica do recurso interposto, com o verdadeiro pré-julgamento de seu mérito. Com efeito, estes irão além de aferir os requisitos gerais de admissibilidade do recurso, antecipar o provimento jurisdicional de segundo grau relativamente ao reclamo interposto, trazendo para o âmbito deste o debate jurídico ventilado no recurso ordinário, esvaziando-lhe por completo.

Existem os que se fixam no meio termo desta duas correntes e a qual nos filiamos. Não se pode, como querem os primeiros, entender caracterizado o *fumus boni iuris* simplesmente pela comprovação da interposição do recurso, eis que este é requisito de admissibilidade. Nem



tampouco solver toda controvérsia posta em discussão no recurso ordinário, como querem os segundos, sob pena de eleger-se o mandado de segurança como recurso processual idôneo de todo e qualquer ato judicante, esquecendo-se dos meios processuais de ataque aos pronunciamentos judiciais e os relegando ao ostracismo.

No caso dos primeiros, poderíamos propor a seguinte hipótese: deferida liminar de busca e apreensão do veículo nos termos do Decreto 911/69, ante a comprovação da mora do devedor, a simples interposição do agravo de instrumento configuraria o *fumus boni iuris* e, o *periculum in mora* também estaria satisfeito, em face da perda imediata do bem. Assim, preenchidos os requisitos exigidos por esta corrente, seria necessário o deferimento da liminar para dar efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, para somente após a confirmação do acerto da liminar, o ato judicial fosse concretizado.

Por tais razões, não se pode entender caracterizado o *fumus boni iuris* pela mera interposição do recurso, necessitando, quer queira, quer não, a análise do mérito do recurso, sob pena de incorrer-se em infinitas hipóteses em que os requisitos para concessão do *writ* estariam satisfeitos e retirariam a efetividade imediata das hipóteses em que o legislador previu a necessidade da intervenção judicial, por meio de liminar.

Nem, tampouco, pode-se inveretar sobre a totalidade da questão invocada no recurso ordinário, estabelecendo-se categoricamente o deslinde do recurso, no sentido de estabelecer-se seu provimento ou desprovimento, uma vez que como antes realçado, este será objeto de análise definitiva quando do julgamento do recurso. A análise profunda da matéria articulada no recurso, redundaria num pré-julgamento, o que, também, não é o fim colimado para utilização do mandado de segurança, que objetiva o afastamento da probabilidade de dano de difícil ou incerta reparação.

Resta, pois, a terceira corrente, a qual nos filiamos, que entende ser necessária a análise perfunctória do pleito deduzido no recurso ordinário interposto, para valoração da plausibilidade do direito invocado. Nesta hipótese, a análise sofre restrição cognitiva, sem o rebaixamento aos meandros dos argumentos articulados, isto é, uma análise percunciente do direito invocado, mas, a aferição, em tese, de sua plausibilidade de aceitação ante o posicionamento jurisprudencial dominante.

No caso prático antes referido, teríamos que se no agravo interposto, a alegação fosse exclusivamente relativa à inconstitucionalidade do Decreto 911/69, teríamos como inviável a concessão da segurança, tendo em vista o posicionamento dominante de sua constitucionalidade. Por outro lado, caso o recurso fosse lastreado na inexistência de mora do devedor, restaria configurada a plausibilidade jurídica do direito argüido, ensejando a concessão da liminar, deste que os aspectos fáticos assim autorizassem.

Desta forma, na análise da liminar do *mandamus*, bem como de seu mérito, deve ser feita análise perfunctória da matéria agitada no reclamo, para antever-se o lastreamento jurídico deste e melhor sopesar o risco de perecimento do direito, sem que haja qualquer pré-julgamento da pretensão recursal.

## **9.2. Periculum in mora**

Cumulativamente ao *fumus boni iuris*, deve estar presente o *periculum in mora*, que consiste no fundado receio de que a demora na prestação da tutela jurisdicional definitiva (objeto do recurso), possa gerar lesão de difícil ou incerta reparação na órbita jurídica do recorrente/impetrante. Não basta, para tanto, o mero receio subjetivo da lesão, é preciso a

demonstração efetiva e concreta da iminência do dano, caso não conferido efeito suspensivo ao recurso, gerador da ineficácia do provimento jurisdicional.

O *periculum in mora* traduz-se pela inocuidade da reversão dos efeitos do comando emanado do ato judicial monocrático, na realidade fática futura, impeditiva do fiel reestabelecimento o estado jurídico maculado pelo provimento jurisdicional comissivo reformado.

A sua configuração deve ser aferida caso a caso, sem que se possa fixar eventual definição de dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação, que seria restritiva e não abrangeria a universalidade necessária. Por isso a necessidade de sua mensuração fica adstrita ao caso concreto, tendo em vista os elementos intrínsecos, dele participantes.

Arruda Alvim<sup>69</sup> escreve sobre a impossibilidade da fixação definitiva do acordo semântico do termo *periculum in mora*: "Definir a expressão criaria, além do espaço positivo da definição, os perigosos limites do espaço capazes de gerar injustiças."

Por outro lado, excluídas algumas hipóteses de direito de família, administrativo e de direito eleitoral, os demais reclamos, possuem estreita ligação com o aspecto econômico.

Neste passo, o Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, em acórdão relatado pelo Juiz Roberto Grassi<sup>70</sup>, entendeu que: "O conceito de irreparabilidade do dano patrimonial não pode ser visto sob o prisma estritamente jurídico abstrato: porém, juridicamente enfocado à luz dos interesses econômicos em jogo".

---

<sup>69</sup> Op.cit., p. 14.

<sup>70</sup> Revista dos Tribunais nº 573, p. 167.

Não discrepando desta assertiva, temos a abalizada opinião de Arruda Alvim<sup>71</sup>: “A palpabilidade, a relevância e a dificuldade na reparação do dano ligam-se, primordialmente, no que nos parece, ao aspecto financeiro”.

Com efeito, na aferição subjetiva realizada pelo relator do *mandamus* deve ser sempre vista a implicação econômica, na mensuração da potencialidade do dano decorrente da manutenção da executabilidade da sentença, em caso de apelação e da efetivação do despacho interlocutório, tratando-se de agravo.

---

<sup>71</sup> Op.cit., p. 16.

## **10. ASPECTOS PROCESSUAIS**

O procedimento do mandado de segurança contra ato judicial é o mesmo utilizado contra qualquer outra autoridade pública, encontrando-se regulado pela lei nº 1.533/51 e como será visto adiante, concorrentemente, pela legislação estadual, na parte recursal.

Como a atuação do mandado de segurança com este fito é tipicamente cautelar, consistente, em suma, no direito de provocar o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem ou assegurem os elementos do processo, eliminando a ameaça de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no recurso interposto.

### **10.1. Informações**

O tema atinente às informações que devem ser prestadas pelo magistrado é matéria de fecunda discussão e abrangência na doutrina.

De modo geral, é o momento processual adequado para que a autoridade impetrada apresente sua defesa. Alguns entendem equivaler-se à contestação do processo civil, contudo, esta pressupõe a instauração de lide, com citação e utilização de procurador habilitado, o que não se coaduna com o procedimento imprimido ao mandado de segurança, onde este ato é personalíssimo, sem possibilidade de delegação ou representação.

As informações devem ser prestadas pessoalmente, pela autoridade judiciária do juízo impetrado, sem que haja possibilidade de delegação de tal

incumbência. Os escrivães ou técnicos judiciários não possuem legitimidade para prestar as informações ao Tribunal.

O conteúdo desta fase procedimental, sofre embate vigoroso na doutrina, uns entendem que o Magistrado figura como mandante do ato tido como abusivo e ilegal, violador de direito líquido e certo e, nesta atmosfera deve defender a legalidade e o acerto da medida judicial deferida, por estar-se impugnando diretamente sua decisão.

Dentre estes, figura a abalizada opinião de Lúcia Valle Figueiredo<sup>72</sup>: “O coator deverá, ao fornecer as informações, justificar sua decisão, dando ao julgador elementos para que conceda ou não a liminar, ou se já concedida, casse-a se for o caso”.

Entendem cabível a defesa do ato judicial contestado, uma vez que nada mais legítimo e lógico do que a defesa de sua plausibilidade jurídica e o objetivo de sua manutenção.

Sob esse prisma, ainda, não pode restringir-se a fazer relato sobre o ocorrido processualmente, mas posicionar-se expressamente frente à impetração, colacionando aspectos fático-jurídicos lastreadores de seu ato.

Por outra parte, o magistrado, mesmo figurando como autoridade coatora, continua no exercício da jurisdição e deve, exercê-la de maneira isenta, sem inclinações aos direitos litigados.

Com efeito, o exercício da função jurisdicional impõe a necessidade rotineira de prolação de despachos e sentenças, não se justificando, a defesa eloqüente de seu ato decisório, mas sim, das circunstâncias fáticas e os embates jurídicos travados que culminaram na sua livre convicção, sem a resistência direita ao pleito deduzido.

---

<sup>72</sup> A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 48.

Neste passo, deve relatar as situações fáticas expostas pelos litigantes no processo originário e as circunstâncias de seu ato, sem defendê-lo juridicamente, com a exposição doutrinária e jurisprudencial de seu cabimento, mas, tão somente, dos elementos probantes carreados aos autos, bem como cópias das peças processuais relevantes ao deslinde da *questio*. Ademais, como todos os atos judiciais devem ser motivados, o teor do ato decisório deve enfeixar o entendimento jurídico atinente ao tema proposto.

A Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Santa Catarina editou o Provimento nº 05/93<sup>73</sup>, quando era Corregedor o eminente Des. Napoleão Amarante, onde recomenda aos Juízes que não deixem, sob qualquer hipótese, de prestar informações nos mandados de segurança impetrados, com a máxima prioridade e celeridade possíveis. Determina que estas sejam prestadas com imparcialidade, com a exclusão de considerações jurídicas.

Nossa opinião está em consonância com esta recomendação, no sentido de que o magistrado não deve defender, do ponto de vista jurídico, a sua posição jurisdicional, sob pena de deixar sua condição inarredável de imparcialidade frente às partes litigantes. Apesar de figurar como autoridade impetrada, a lide é travada entre o impetrante e o litisconsorte passivo necessário, que sofrerão, em seu acervo jurídico os efeitos da ação mandamental.

Por outro lado, a autoridade judiciária impetrada não deve restringir-se em remeter cópias do processado, mas sim demonstrar silogisticamente a

---

<sup>73</sup> PROVIMENTO Nº 05/93 - 1. Recomendar a todos os Juízes que, sob nenhuma hipótese, deixem de prestar informações, quando solicitadas, nos pedidos de *habeas corpus* e nos mandados de segurança, em demonstração de apreço e respeito ao Tribunal de Justiça, ou a outro órgão de segundo grau eventualmente requisitante. 2. As informações deverão ser prestadas com a máxima prioridade e celeridade, notadamente nos pedidos de *habeas corpus*. 3. As informações deverão ser prestadas com imparcialidade, relatando, o Magistrado, objetivamente a situação fático-jurídica do paciente/impetrante enfatizando a fase processual do feito e salientando o tópico alusivo ao fundamento de fato invocado." Des. Napoleão Amarante - Corregedor.

sua decisão, mediante a elaboração de relato circunstanciado dos termos constantes do processo até o ato inquinado de violador de direito líquido e certo, sem, no entanto, justificar seu acerto e buscar a manutenção de sua executabilidade.

## 10.2. Liminar

A liminar no mandado de segurança contra ato judicial é, na verdade, o ponto de maior importância na hipótese ora versada, por traduzir-se na prestação de efeito suspensivo de plano ao recurso interposto, em inequívoco provimento cautelar. No mandado de segurança, à despeito da discussão existente na doutrina acerca do caráter cautelar ou não da liminar no mandado de segurança *latu sensu*, no impetrado para conferir efeito suspensivo a recurso esta circunstância é indelével.

Galeno Lacerda<sup>74</sup>, papa das cautelares, afirma guardar a liminar no mandado de segurança característica cautelar:

*“O problema do relacionamento da providência cautelar com o mandado de segurança não é propriamente de compatibilidade. Que existe não resta a menor dúvida, haja vista a natureza essencialmente cautelar nas liminares próprias do mandado. A liminar aí, funciona como autêntica cautela inibitória atípica, de enorme importância e extensão, como imperativo mesmo de caráter constitucional da segurança, inserida como é, no capítulo dos direitos e garantias individuais (...). Pode-se afirmar, pois, sem exagero, que a medida cautelar encontra no mandado de segurança*

---

<sup>74</sup> Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. VIII, tomo I, 1978, p. 68.



*o reconhecimento mais importante de sua imprescincibilidade, já que, na maioria dos casos, só através dela deixará de frustrar-se o direito subjetivo que a Constituição ampara com a ação de segurança contra os atos ilegais ou abusivos da autoridade pública.”*

No dizer de Teresa Arruda Alvim, cuida-se de “um proceder fulminante<sup>75</sup>”, onde a pretensão deduzida na ação pode ser concedida totalmente, com a antecipação dos efeitos da segurança, notadamente, relativos ao sobrestamento do ato judicial impugnado. A liminar, em verdade, constitui-se medida cautelar satisfativa do mérito do *writ*, garantidora da eficácia da decisão, eis que como adverte Teresa Arruda Alvim<sup>76</sup>: “A ineficácia do mandamento contido na sentença é um resultado possível no mundo empírico, mas não é, evidentemente, um resultado querido, desejado pelo sistema”.

Entretanto, a liminar tem caráter provisório, com a possibilidade de revogação por parte do relator do *mandamus*. E esta mutabilidade decorre da natureza mandamental da *actio*. Encontramos no art. 7º, II da lei nº 1.533/51, o comando de que presentes os pressupostos específicos, o ato impugnado terá sua eficácia suspensa, quando for relevante o fundamento jurídico.

Deferida a liminar, a lide versada no mandado de segurança será composta com a habilitação do litisconsorte e do impetrado, com a possibilidade de revisão do despacho inicial, ante o teor das informações, ou mesmo por pedido de reconsideração ou interposição de recurso pelo litisconsorte, o que será tratado no ponto subsequente.

---

<sup>75</sup> Medida Cautelar, Mandado de Segurança e ato judicial, Revista dos Tribunais, 3ª edição, São Paulo, 1994, p. 24

<sup>76</sup> Revista de Processo, Revista dos Tribunais, nº 74, p. 124.

Com a liminar escreve Arruda Alvim<sup>77</sup> "o Poder Judiciário, ao deferir uma medida liminar, não suspende o ato; não suprime o ato do universo jurídico, senão que, temporariamente, enquanto subsistir a medida liminar, obstada está a eficácia do ato."

Ajuizado o mandado de segurança, resta ao relator, sopesadas as características do caso concreto, quatro alternativas básicas de despachos: 1ª) Conceder a liminar; 2ª) Negar a liminar; 3ª) Pedir Informações; 4ª) Indeferir a inicial de plano (art. 8º da Lei nº 1.533/51).

Como é assente, e já foi objeto de análise neste trabalho, a prova da violação de direito líquido e certo no mandado de segurança há de ser pré-constituída, não dando margem a supervenientes emendas ou diligências, salvo as previstas na própria legislação específica<sup>78</sup>.

Ora, tendo em vista que a prova deve ser pré-constituída, afastadas hipóteses muito especiais, cumpre ao relator manifestar-se sobre a concessão ou não da liminar, positiva ou negativamente, não sendo aceitável que se postergue análise para após as informações dado o caráter cautelar que envolve a impetração, sob pena de perecimento do objeto da cautela.

Além do que, posta a questão em juízo, há ou não no direito invocado a comprovação da violação de direito líquido e certo, devendo, em sede de liminar, onde é realizado apenas cognição sumária do pleito deduzido, ser garantida a salvaguarda deste direito em caso de mácula.

Hely Lopes Meirelles<sup>79</sup>, com a acuidade costumeira aborda:

*"A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acautelatória do direito do impetrante, que não pode ser negada quando*

---

<sup>77</sup> Revista de Processo, Revista dos Tribunais, nº 39, p.21.

<sup>78</sup> Parágrafo único do art. 6º, da lei nº 1.533/51, se "o documento necessário à provado alegado, se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que se recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício a exibição desse documento."

<sup>79</sup> Op. cit. p. 58.

*concorrem seus pressupostos, como também não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade. O Juiz, Desembargador ou Ministro que conceder a liminar, poderá revogá-la a qualquer tempo, desde que verifique a desnecessidade da medida, como poderá reestabelecê-la se fatos supervenientes indicarem sua conveniência.”*

Por outra parte, após as informações existe plena possibilidade da revogação da medida anteriormente deferida ou negada, por não se operar preclusão em qualquer grau e existir ínsito o poder geral de cautela do julgador.

Com efeito, revogada a liminar anteriormente concedida, seus efeitos se extinguem, e aquela suspensividade artificial decorrente do pronunciamento liminar deixa de existir no campo da eficácia, para recobrar o despacho hostilizado pleno vigor e efeitos.

Por tais razões, não pode ser sobrestada para ulterior análise, isto é, após as informações do impetrado, a conveniência do deferimento de liminar, deixando neste decêndio legal, o impetrante desprovido de manifestação jurisdicional devidamente formulada, sob pena de configurar-se, aí sim, ato omissivo do judiciário.

Os requisitos específicos para sua concessão já foram analisados exaustivamente no capítulo antecedente, sendo que a fixação necessária nesta etapa é a de que é imperiosa, sob pena de ocorrência de omissão judicial, a análise positiva ou negativa da suspensividade do recurso objeto da impetração, no despacho proferido pelo relator no liminar do procedimento.

### 10.3 A eficácia da liminar

Dispõe o art. 1º da Lei nº 4.348/64 que a liminar concedida em mandado de segurança terá efeito de 90 dias, prorrogáveis por mais 30 dias, totalizando o máximo de eficácia de 120 dias.

Esta limitação de eficácia da liminar não encontra amparo na doutrina e jurisprudência brasileira, inclusive com assertivas contudentes de carga inconstitucional deste regramento.

Sérgio Ferraz<sup>80</sup> espanca de maneira lógica e objetiva esta limitação temporal:

*"as liminares em mandado de segurança têm prazo fixo de validade. Esse tempo de vida, depois de larga discussão, acabou sendo, no art. 1º da lei nº 4.348, determinado em 90 dias, prorrogáveis por mais 30, quando encontrarem os juizados sobrecarregados de processos. A fórmula é, contudo, viciada de insuperável inconstitucionalidade. A liminar só se exaure, salvo nas hipóteses acima referidas, com o proferimento de sentença. (...) admitir-se uma outra regra limitativa temporal significa inviabilizar a própria garantia constitucional, vício incorrigível, inadmissível, insuprotável. Parece-nos, pois, que a limitação, no tempo, da eficácia das liminares padece de séria doença de inconstitucionalidade".*

Na esteira deste entendimento, pede-se vênua para transcrever as assertivas aduzidas por Arruda Alvim<sup>81</sup>:

---

<sup>80</sup> Mandado de Segurança, Malheiros, São Paulo, 1992, p. 113.

<sup>81</sup> Revista de Processo, Revista dos Tribunais, nº 39, p. 23.

*“Quer parecer, então, colocar-se como absurdo que alguém, tendo obtido a medida liminar, tendo a autoridade impetrada prestado as suas informações e, muitas vezes, tendo o Ministério Público opinado pela ilegalidade do ato e concessão da segurança, que, pelo mero decurso de prazo cala a liminar, salvo se se evidenciar ou se se comprovar o acúmulo de processos pendentes de julgamento. Ora, o mandado de segurança e a liminar consubstanciam algo de sério e rápido, destinado à proteção de direito líquido e certo, ou, mesmo de autêntico direito individual; se se coloca como sobrecarga para o impetrante este tipo de ônus de prova, é evidente que a maioria das medidas liminares pode cair. Em nosso modo de entender, portanto, estas disposições são inconstitucionais”.*

Por derradeiro, o ilustre processualista, traz à baila circunstância de imperiosa importância relativa ao escopo cautelar da liminar após a edição do Código de Processo Civil de 1973, onde a pertinência acautelatória é tratada com especificidade e características peculiares, inclusive quanto sua eficácia, refletindo no mandado de segurança, ação constitucional:

*“Há um argumento princípio contra essa respeitável opinião (caducidade ou preempção do direito após decorrido o prazo de 120 dias), qual seja, o de parecer envolver ela um profundo paradoxo, seguramente dedutível do próprio contexto do sistema jurídico. Se nos tivermos presente o CPC passado e o vigente, constataremos que as medidas cautelares, concedidas antes da propositura do processo de conhecimento ou no curso deste, têm sua vitalidade*

*durante todo o curso do processo, genticamente ligada essa virtualidade, por certo, à procedência da ação principal. Ora, se o mandado é um remédio, e é um remédio especialíssimo, previsto constitucionalmente, constitui-se um verdadeiro paradoxo, conducente ao absurdo, haver uma proteção cautelar maior no procedimento de uma medida cautelar, ligada a uma ação ordinária, do que no mandado de segurança”.*

Desta forma, forçoso convir que além do mandado de segurança ser ação constitucional, não pode ser subordinado ao lapso temporal previsto no texto legal referido, sob pena de tornar-se inócuo o provimento jurisdicional desterrador do dano de difícil e incerta reparação. Releva, ainda, destacar que como restou demonstrado a ação mandamental para conferir efeito suspensivo reveste-se de caráter eminentemente cautelar, motivo pelo qual, a regra contida no art. 807<sup>82</sup> do Código de Processo Civil, é plenamente invocável, culminando na eficácia do provimento liminar até ulterior análise de mérito ou julgamento do *writ*.

Portanto, o comando contido no art. 1º da Lei nº 4.348/64 é írrito em face da derrogação advinda da contemporaneidade do atual Código de Processo Civil<sup>83</sup> e da Carta Política. Decorre daí, que até o julgamento do recurso interposto, a liminar deferida mantêm seus efeitos, independentemente do transcurso temporal.

---

<sup>82</sup> “Art. 807 - As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal.”

<sup>83</sup> “O art. 1º, letra ‘b’, da Lei nº 4.348, de 26.06.64, que fixou em 90 dias o prazo de eficácia da liminar, prorrogáve por mais 30, não mais prevalece após a vigência do atual CPC, que conferiu ao magistrado o poder geral de cautela.” (TFR, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *apud*: Theotônio Negrão, Saraiva, 26ª edição, 1995, p. 1.131).

#### **10.4. Recurso cabível da concessão ou denegação da liminar**

O mandado de segurança para conferir efeito suspensivo é sempre impetrado perante o Tribunal *ad quem* competente para conhecer e julgar o recurso objeto deste, onde sua composição é inexoravelmente colegiada. Advêm daí, que as decisões definitivas devem ser tomadas pelos órgãos fracionários componentes do Tribunal, sendo defesa a prestação da tutela recursal de maneira unipessoal.

Neste passo, o relator ao qual foi distribuído o *mandamus* deve proferir decisão acerca da concessão ou não da medida liminar, por atribuição legal, prevista no art. 7º da lei nº 1.533/51.

Todavia, esta decisão pessoal não pode ser entendida como definitiva da situação, pois não se coaduna com o princípio plúrimo de convicção que rege os julgamentos perante os Tribunais.

Nas hipóteses em que é concedido ao relator a possibilidade de decidir isoladamente, em nome do órgão, cumpre ao sucumbente interpor, com base na regra contida no Regimento Interno destes, recurso costumeiramente chamado de “agravinho” ou agravo regimental, que devolve ao órgão julgador a possibilidade de rever o ato decisório, referendando-o ou não, inclusive dando ensejo à retratação do relator.

A estrutura colegiada dos Tribunais, não é óbice a delegação de poder decisório ao competente. Esta delegação, contudo, deve ser referendada pelo órgão que conhecerá do recurso objeto da impetração, em caso de interposição de agravo regimental. Caso contrário, teríamos como definitivo o provimento isolado em contraponto à convicção colegiada dos órgãos recursais.

J.J. Camon de Passos<sup>84</sup>, em brilhante lição sobre a recorribilidade do despacho que dispõe sobre a liminar em mandado de segurança escreve:

*“Dizer-se irrecorrível a decisão do relator sobre a liminar é dar-se à ele competência não delegada, que não tem respaldo nem na lei, nem justificativa na ciência jurídica, ou na técnica jurídica. Toda decisão do relator enseja agravo regimental, máxime em matéria de liminar, quando a transferência do exame da questão para o colegiado do mérito do writ, significará sua transferência para momento de todo inadequado, consumado que foi, e irremediável, o prejuízo advindo da concessão ou denegação da segurança.”*

Não discrepa deste entedimento o processualista catarinense Egas D. Moniz Aragão<sup>85</sup>: “Certo não se pode pretender que o relator ou o Presidente falando em nome do órgão colegiado, faça-o com caráter de absolutismo, não se permitindo sequer a complementação do julgamento, a integração da vontade do Tribunal.”

O Supremo Tribunal Federal já fixou, em voto do Ministro Célio Borja<sup>86</sup>:

*“Podem, portanto, os Tribunais, através de norma regimental, atribuir competência própria e singular aos seus membros. Mas não podem declinar a favor deles a competência que a Constituição investiu nos próprios Tribunais, como órgão de deliberação coletiva,*

---

<sup>84</sup> Revista de Processo, Revista dos Tribunais, nº 72, p. 7.

<sup>85</sup> Revista dos Tribunais nº 315, p.138.

<sup>86</sup> Revista Trimestral de Jusrisprudência, STF, vol. 119, p. 980



*Sobretudo, não podem emprestar o atributo de decisão definitiva aos despachos de seus membros”.*

Após estas ponderações preliminares articuladas, cumpre verificar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal, vêm decidindo de maneira firme e iterativa, não ser cabível a interposição de agravo regimental em caso de mandado de segurança, lastreando seu entendimento em premissas, ao nosso entender, *data vênia*, equivocadas.

A primeira delas, refere-se ao fato de inexistir previsão expressa do agravo regimental como recurso cabível do deferimento ou indeferimento da liminar. Entendem estes que estando o procedimento previsto em legislação específica, incabe o agravo de instrumento das decisões interlocutórias por ausência de previsão legal.

Contudo, a lei do mandado de segurança é legislação federal e os agravos regimentais são previstos nos Regimentos Internos dos Tribunais, não existindo possibilidade de previsão legislativa de índole federal sobre este recurso de natureza interna aos Tribunais.

O agravo regimental objetiva permitir o posicionamento integral do órgão fracionário competente para julgamento do mérito do processado, não podendo furtar-se esta possibilidade recursal, sob pena de abrir-se ou manter-se grave lacuna legal, conferindo ao relator poderes absolutistas.

Não se pode perder de vista que a jurisdição de segundo grau é exercida pelos órgãos julgadores de forma única, com a delegação de função judicante, análise da liminar, ao membro isoladamente, com o escopo de racionalizar e atender com maior rapidez e efetividade as demandas propostas

sob sua competência. Mas a competência para equacionar a lide é do órgão como todo e não do relator.

J.C. Barbosa Moreira<sup>87</sup> anota:

*“esse instituto não é um monstrum sem parentesco algum com o resto do universo, uma singular esquisitice legislativa, uma peça exótica, uma curiosidade a ser exibida em vitrina ou em jaula para assombro dos passante; é uma ação, uma espécie de gênero bem conhecido e familiar, cujas peculiaridades, sem dúvida digna de notas, não a desligam do convívio das outras espécies, não a retiram do contexto normal do ordenamento jurídico, não a condenam a degredo em ilha deserta. (...) sempre que não colidam com disposição particular da legislação extravagante, nem se revelem incompatíveis com a sistemática nesta consagrada, incidem aqui as regras gerais inscritas no Código de Processo Civil, onde se contêm os mencionados princípios e normas”.*

Desta forma, superada a alegação de que a liminar é despacho de mero expediente, que definitivamente “não convence”, como deixou assentado o eminente Des. Francisco de Oliveira Filho, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento do mandado de segurança nº 9.256<sup>88</sup>, da Capital, que teve voto condutor do Des. Orli Rodrigues, cuja ementa, por oportuna se transcreve:

---

<sup>87</sup> Revista de Processo, Revista dos Tribunais, nº 72, p. 7.

<sup>88</sup> TJSC, 1ª Câmara Civil, julgado em 12.09.95.

*“MANDADO DE SEGURANÇA - AGRAVO REGIMENTAL - INTERPOSIÇÃO CONTRA DESPACHO CONCESSIVO DE LIMINAR - CONHECIMENTO E PROVIMENTO. - Não é possível considerar irrecorrível a decisão concessiva de liminar em mandado de segurança, porque ela trancaria o acesso do impetrante ao Tribunal, e, portanto, a defesa do seu direito”*

Teresa Arruda Alvim<sup>89</sup>, leciona sobre o despacho que concede ou nega a liminar, como verdadeira decisão interlocutória, com a invocação recursal do art. 522 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o sistema recursal do Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente às leis esparsas.

Desta forma, não podendo se emprestar ao despacho do membro, o poder que encerra todo o órgão. Evidentemente que o faz na qualidade de julgador deste e por decorrência legal, o controle de suas decisões unipessoal deve ser feita no âmbito do colegiado competente para a decisão definitiva.

Ademais, aceita esta total previsibilidade legislativa do procedimento no texto da lei específica, seria defeso a aplicação dos artigos referentes aos embargos declaratórios ou mesmo da contagem de prazos no mandado de segurança, o que redundaria na sua total extravagância. Ora, ou aplica-se as normas previstas na legislação processual, que não confrontarem com as específicas, ou se estabelece taxativamente as que se aplicam.

No caso do mandado de segurança, as previsões são no sentido de demonstrar a preocupação do legislador ordinário, em aplicar o Código de Processo Civil onde não haja choque com o especial. Aqui vige, a regra de que o geral não revoga o específico.

---

<sup>89</sup> Op.cit., p. 26.

De outra parte, objetiva-se ser o procedimento de mandado de segurança célere, e a recorribilidade das decisões interlocutórias retiraria este caráter.

Na realidade, a decisão interlocutória existe e foi proferida unilateralmente. O julgamento de mérito, costumeiramente, é relegado, em face da prejudicialidade, para ocorrer após o julgamento do recurso objeto da impetração (10.7.). O cotidiano forense mostrou que apesar do procedimento legalmente imprimido ao mandado de segurança ser célere, o seu julgamento arrasta-se por meses e até anos, não sendo crível assacar-se do litigante, em grau recursal, posicionamento do colegiado que irá conhecer de seu recurso, sobre o deferimento ou não da suspensibilidade do recurso.

Em síntese, o despacho que defere ou nega liminar, está adstrito ao convencimento pessoal do relator, que por delegação legal, encerra o poder de analisar a ocorrência dos requisitos exigidos para tal. Este provimento, entretanto, não se confunde com o do órgão colegiado do qual faz parte, que pode ser instado a manifestar-se sobre o acerto deste mediante agravo regimental, onde existe amplo debate sobre o decisório, inclusive com possibilidade de retração do relator.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso em Mandado de Segurança nº 5.982-MG<sup>90</sup>, rel. Min. Humberto Gomes de Barros assentou: “Não cabe recurso contra decisão que denega liminar, em Mandado de Segurança - salvo nos processos originários de Tribunal que se admita agravo regimental.”

De igual modo, entendeu a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no agravo regimental em mandado de segurança nº 3.979-2-SP<sup>91</sup>,

---

<sup>90</sup> DJU 16.10.95, p. 34.609.

<sup>91</sup> DJU de 25.09.95, p. 31.062.

relator o Min. Anselmo Santiago, por unanimidade, em decisão datada de 08 de junho de 1995, fixou:

*“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. 1. Pacificada na Corte a jurisprudência sobre ser recorrível decisão que denega medida liminar em mandado de segurança, é de se conhecer do agravo regimental. 2. Inexiste o periculum in mora a secundar a concessão da liminar requerida, impõe-se a sua negativa. 3. Agravo conhecido, mas desprovido”.*

Por fim, destaca-se o precedente recente do Pretório Excelso, da lavra do Ministro Marco Aurélio<sup>92</sup> sobre o escopo do Agravo Regimental, em consonância com a tese aqui esposada:

*“AGRAVO REGIMENTAL - SEQUÊNCIA. O agravo regimental tem como escopo maior submeter o ato praticado no campo monocrático, prejudicial à parte, ao conhecimento do Órgão a quem esteja integrado o respectivo autor. Se assim o é, e ninguém ousa dizer o contrário, descabe obstaculizar a submissão almejada. Diversas são as figuras - a da retração e a do julgamento reclamado, este sempre a cargo do Colegiado.”*

---

<sup>92</sup> STF - HC nº 70.707-6-RJ, DJU 06.10.95, p. 33.129.

### 10.5. Indeferimento de plano do mandado de segurança

Não preenchidos os requisitos de admissibilidade do mandado de segurança (8), o mandado de segurança deve ser indeferido com base no art. 8º<sup>93</sup> da Lei nº 1.533/51. Deste decisório monocrático, cabe a interposição de agravo regimental, ao órgão julgador colegiado, para reanálise do ato<sup>94</sup>.

Incide em erro grave, a interposição de recurso ordinário ou especial ao Superior Tribunal de Justiça, sem que haja a prévia e regular manifestação do Tribunal sobre a tese debatida e fundamento do indeferimento, sob pena de não conhecimento pelo órgão de cúpula do reclamo interposto<sup>95</sup>.

É que o Superior Tribunal de Justiça não pode conhecer e julgar o recurso decorrente de decisão isolada do relator, prescindindo da manifestação do Tribunal pelo seu órgão competente. Daí decorre a inarredável interposição do agravo regimental e deste julgamento, aí sim, proferido pelo colegiado, cabe o recurso ordinário, que não se confunde com o especial.

---

<sup>93</sup> "Art. 8º - A inicial será desde logo indeferida quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei.

<sup>94</sup> "MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO LIMINAR POR DECISÃO DO RELATOR. - Recurso ordinário. O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para o recurso ordinário em mandado de segurança liminarmente denegado pelo relator, embora a detenha quando tal decisão haja passado pelo crivo do agravo ao respectivo tribunal" (RMS nº 5650-RS, rel. Ministro José Dantas, DJU 25.09.95, p. 31.121).

<sup>95</sup> "PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO POR DESPACHO DE RELATOR. RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. Contra despacho de relator que indefere, liminarmente, mandado de segurança, o recurso cabível é o agravo regimental". (RMS nº 5.587-6-MG, rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJU 14.08.95, p. 23.984)

## 10.6. Atuação do Ministério Público

A participação do Ministério Público como fiscal da lei no mandado de segurança está prevista taxativamente no art. 10<sup>96</sup> da Lei nº 1.533/51, nos moldes previstos no art. 127 da Constituição Federal<sup>97</sup>.

Sua atuação no presente procedimento é necessária, não bastando sua intimação, mas sim a efetiva manifestação sob pena de nulidade<sup>98</sup>, eis que quando atua em nome da sociedade, na defesa da aplicação da lei, esta participação não pode ser olvidada.

O parecer emitido deve abordar a tese agitada na impetração, inclusive as preliminares suscitadas, para que não haja omissão Ministerial, impeditiva do julgamento do mérito<sup>99</sup>.

## 10.7. Julgamento do recurso

A suspensividade decorrente da liminar do mandado de segurança mantém eficácia até o julgamento do recurso a ele vinculado. Tanto no caso de

---

<sup>96</sup> "Art. 10. Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido o representante do Ministério Público dentro de cinco dias,"

<sup>97</sup> Art. 127 da Constituição Federal: "O Ministério é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

<sup>98</sup> "PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA - OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - LEI 1.533/51 - ART. 10. - A Corte Especial fixou a orientação de que, no processo de Mandado de Segurança, não basta a intimação do Ministério Público; é necessário seu efetivo pronunciamento." (STJ - Recurso Especial nº 23.134-0-AM, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 07.08.95, p. 23.020)

<sup>99</sup> Mesmo tendo opinado o representante Ministerial pelo acolhimento de uma prefacial suscitada, deve manifestar-se sobre todos os pontos invocados, sob pena de suplantada as prefaciais, o julgamento de mérito não ocorrer por ausência de manifestação objetiva do *parquet*.

agravo como no de apelação, o julgamento do recurso esvazia o objeto da impetração.

Com o julgamento do recurso, inexistente mais a discussão da ocorrência ou não de danos de difícil ou incerta reparação até o julgamento definitivo do recurso, dês que este além de já ter ocorrido, não pode ter a eficácia suspensa por determinação do Tribunal que julgou-o.

Eventual suspensividade, agora, deve ser pleiteada no âmbito do Tribunal recursal ordinário, eis que a competência dos Tribunais neste caso é originária. Ao Superior Tribunal de Justiça compete conhecer dos recursos ordinários proferidos pelos Tribunais estaduais ou federais que julgam mandado de segurança contra ato judicial.

Portanto, julgado o recurso em que se fundava a violação de direito líquido e certo, necessária para o conhecimento e julgamento do mandado de segurança, deve este ser julgado extinto, por prejudicado encontrar-se seu objeto.



## 11. PRAZO PARA IMPETRAÇÃO

Muito já se discutiu acerca da classificação do art. 18 da lei específica do mandado de segurança, como preclusivo, prescricional ou decadencial, com o entendimento hoje sedimentado de tratar-se de prazo decadencial.

J. M. Othon Sidou<sup>100</sup>, em síntese bem elaborada, enfeixa a discussão travada na doutrina, estabelecendo ser decadencial o prazo previsto na legislação mandamental:

*“Condescendem, em princípio, quanto a que a decadência relaciona-se com um direito que está potencialmente vivo, mas tem prazo certo de duração, expirado o qual não pode mais ser perseguido; (...) a decadência condiz com um direito potestativo, que depende de um ato ou uma circunstância para caracterizar-se e reponta como um direito a ter direito de agir, no lapso de tempo que alei, a convenção ou a sentença estabeleça.”*

Com efeito, o prazo para impetrar mandado de segurança visando conferir efeito suspensivo é decadencial, nos precisos termos do art. 18 da lei específica que preconiza: “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

---

<sup>100</sup> Habeas Data, Mandado de Injunção. Habeas corpus, Mandado de Segurança. Ação Popular, 4ª edição, 1992, Forense, Rio de Janeiro, p. 313.

Decorrido este prazo, extingue-se a possibilidade do manejo do *writ*, com a decadência da forma processual, sem que decaia, entretanto, o direito material, suscetível de invocação mediante outras vias processuais, não mais o mandado de segurança<sup>101</sup>.

Na hipótese versada, decorrido este prazo inexistente possibilidade processual de suspender-se a eficácia do provimento judicial monocrático, pois sua aplicação, como se tratou exaustivamente, não enseja a propositura de outra ação. Desta forma, promovido o recurso e não impetrado o mandado de segurança nos 120 dias subsequentes, resta prejudicada a pretensão de conferir efeito suspensivo<sup>102</sup>.

Mantida a inércia pelo longo lapso temporal, comparativamente à outros países<sup>103</sup>, o provimento judicial emanado do ato judicial impugnado pelo recurso desprovido de efeito suspensivo pode ser exercido pelo titular, na forma prevista na legislação processual pertinente.

Posta esta questão preliminar relativa ao prazo de impetração, cumpre abordar circunstâncias que decorrem das características decadenciais do aludido prazo.

Consabidamente os prazos decadenciais não se suspendem nem se interrompem. Iniciada sua fluência, contada da data em que se torna operante e exequível a violação de direito líquido e certo, sua contagem é contínua e subsequente, sem exclusão de qualquer dia.

---

<sup>101</sup> "PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO DECADENCIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO. I - O prazo previsto no art. 18 da Lei n. 1.533/51 é de decadência. Vencido esses prazo, extingue-se o direito ao mandado, podendo o impetrante ajuizar ação na via ordinária (facultas agendi). II - Processo extinto (art. 269, IV, CPC)." (STJ - MS nº 3.174-0-DF, rel. Ministro Adhemar Maciel, DJU 04.09.95, p. 27.795)

<sup>102</sup> "MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. DECADÊNCIA. Decorridos cento e vinte dias da ciência do ato que se tem por abusivo ou ilegal, caduca o direito à impetração de mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, art. 18). Recurso a que se nega provimento." (STJ - RMS nº 1.195-0-MT, rel. Ministro Antônio Torreão Braz, DJU 07.08.95, p. 23.039)

<sup>103</sup> "14 dias na sistemática austríaca, de 15 na mexicana, de trinta nas normas helvética, germânica e argentina, e de três meses na venezuelana, *apud*: J.M. Othon Sidou, op. cit. p. 315"

Decorre daí, que findo o prazo em feriado ou dia em que o foro não esteja funcionando, a impetração deve ocorrer no último dia útil antecedente a este prazo decadencial e não no primeiro subsequente, dês que os prazos decadenciais não se prolongam.

O prazo de 120 dias para o manejo do *writ* começa a fluir da data em que o impetrado toma ciência do ato que viola direito líquido e certo. Dada as peculiaridades da hipótese e como já restou demonstrado anteriormente, necessária a prévia interposição do recurso (8) e sendo inviável a modalidade preventiva (12), o marco inicial da contagem deste prazo é a data de protocolo da petição recursal.

Da data em que foi interposto o recurso, conta-se cento e vinte dias em que pode ser impetrado o mandado de segurança para conferir efeito suspensivo. Superado este prazo, esboa-se a garantia Constitucional, caducando o direito de impetração, com o inarredável indeferimento a petição inicial, forte no art. 8º da Lei nº 1.533/51.

Outra questão de importante abordagem revela-se na impetração perante Tribunal incompetente. Neste caso, o direito de impetração foi exercido tempestivamente, com o erro quanto ao Tribunal competente para conhecer do *mandamus*, no que deve ser remetido de ofício, pelo relator regimentalmente competente, mediante despacho, ao Órgão Recursal correto.

## **12. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - INVIABILIDADE**

De outro lado, pode-se alegar que na pendência da fluência do prazo para interpor o recurso, plenamente cabível a impetração de mandado de segurança preventivo para garantir a suspensividade do recurso ainda passível de interposição.

Entretanto, as bases desta construção jurisprudencial são de que ao judiciário cabe analisar as questões processuais postas, para posterior sopesamento dos requisitos antes declinados e concessão de liminar ou mesmo julgamento de mérito, não sendo crível poder o judiciário servir, neste particular, de elemento de suposições recursais ainda dependentes do arbítrio da parte.

Não se está negando vigência a modalidade preventiva do *mandamus*, mas devido a exiguidade dos prazos para interposição dos recursos - cinco dias agravo de instrumento e 15 dias apelação - que antes disso seja acionado o judiciário para manifestar-se acerca de eventual e disponível inconformismo.

Impende salientar que a atividade jurisdicional é de suma e vital importância, pois afeta o curso normal de um feito na origem, evitando que a decisão do togado singular tenha eficácia perante a sociedade que dirige e onde executa sua jurisdição, afigurando-se temerária a análise de possível irresignação em tese, devendo, pois, se dar de maneira clara e objetiva após a interposição do recurso. Caso contrário, poder-se-ia conceder liminar em mandado de segurança, ante os argumentos articulados pela parte na exordial, sem no entanto, haver plausibilidade ou abuso no ato judicial. Vale dizer, a

parte ao insurgir-se contra o decisório não traz elementos hígidos capazes de reformulá-lo, o que deixará o recurso já interposto e com efeito suspensivo carente de argumentos, caracterizando-o como procrastinatório, o que deve ser evitado exaustivamente.

Por outro lado, há o argumento de que a prova da interposição é despicienda uma vez que a liminar, caso concedida no mandado de segurança, só geraria efeitos na causa se tivesse sido interposto e fosse correto.

Apesar de entender que em num primeiro plano esta argumentação possa ter solo fértil - só pode suspender a eficácia se o reclamo foi interposto a tempo e modo - ela decai no vazio, quando considerada na extensão e regras que regulam a jurisdição.

A liminar uma vez concedida pelo Tribunal de Justiça é comunicada ao magistrado, autoridade coatora através de "Carta de Ordem", que em face de sua inferioridade jurisdicional cabe cumprir fielmente sem ensejar qualquer tipo de discussão'. Este é o sistema em vigor.

Assim, se tal verificação de admissibilidade não for procedida pelo mesmo Tribunal que defere a liminar, incabível ao Juiz *a quo* negar seguimento ou eficácia a mesma alegando qualquer circunstância.

Neste passo, insofismável a prova inequívoca desta realidade fática para ulterior análise de mérito.

Ademais, não se pode esquecer que o judiciário não é órgão consultivo, mas sim julgador, que prescinde de uma lide, no sentido Carneluttiano, para exercer sua atividade jurisdicional e não servir de suporte para possíveis conjecturas processuais.

Com efeito, estando os Tribunais envolvidos com milhares de processos é totalmente injustificável o acionamento do Estado, para que

exerça a atividade jurisdicional, com a análise de possível efeito suspensivo ao recurso que não foi interposto, ou mesmo que interposto não será conhecido por ser incabível ou por ser intempestivo.

Por tais razões, antes de qualquer outra consideração sobre o mérito do mandado de segurança *mister* a comprovação da possibilidade de direito do recurso interposto - cabimento - e a tempestividade deste, sob pena de estar-se exercendo a jurisdição de maneira inócua e indefensável juridicamente<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> "RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA EXTINTO. Confirma-se a decisão, eis que na data da impetração não existia o agravo de instrumento ao qual se pretende dar efeito suspensivo."(STJ, RMS nº 5.602-3-MG, 3ª Turma, rel. Ministro Cláudio Santos, DJU 18.09.95, p. 29.957).

## CONCLUSÃO

O mandado de segurança contra ato judicial deve ser visto como o remédio jurídico apropriado para afastar o dano de difícil ou incerta reparação da esfera jurídica do litigante no processo monocrático, como verdadeira medida cautelar asseguratória da inversão do provimento judicial recorrido.

Seus pressupostos de admissibilidade - que resultam de mero juízo de aferição, declaratório - são o da tempestiva interposição do recurso, a satisfação do preparo e sua comissividade. O decisório negativo não pode ser objeto da impetração tendo em vista que o *writ* não é recurso capaz de devolver ao Tribunal a competência de avaliar e valorar os fundamentos do ato decisório, sendo-lhe vedada sua reforma, o qual sofrerá a competente análise pelo meio processual ordinário cabível. A suspensividade “do não” seria, digamos, nada.

A aceitação desta possibilidade teria o condão de eleger o mandado de segurança como recurso idôneo a qualquer ato judicial, com a dilação do prazo recursal em 120 dias, em total descon sideração ao instituto da preclusão de imperiosa importância na consecução da prestação jurisdicional célere e definitiva, ensejando a reforma de fases processuais já preclusas.

Não se pode negar, contudo, que a utilização do *mandamus* contra qualquer ato judicial teria a louvável intenção de buscar a justiça no caso concreto. Entretanto, admitir-se, onde a sistemática processual já prevê o remédio adequado para solucionar o inconformismo, constitui-se em intolerável e indefensável superfetação, no dizer de Kazuo Watanabe<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> Op. Cit. p. 104.

Os requisitos para concessão da liminar - *fumus boni iuris* e *periculum in mora* - sofrem restrição da atividade cognitiva do relator, onde a probabilidade de direito necessita de análise perfunctória do direito invocado no recurso e a possibilidade de dano de difícil ou incerta reparação depende das circunstâncias que envolvem o caso posto em juízo, mormente de caráter econômico.

No aspecto processual, a lei específica regula o procedimento com a utilização subsidiária do Código de Processo de Civil e dos Regimentos Internos dos Tribunais, no caso de agravo regimental.

Desta forma, o mandado de segurança não pode ser entendido como remédio heróico de todo e qualquer ato judicante, com carga eminentemente pragmática, tão a gosto da jurisprudência em sua inderrogável missão de solver as lides postas à sua competência com justiça, mas ater-se à pressupostos de grande relevância no ensejo de garantir a segurança jurídica relativa ao processo.



## BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda; NAVARRO, Mônica. Mandado de segurança contra ato judicial.

In: *Revista de Processo*, nº 17, São Paulo : Revista dos Tribunais, junho-setembro de 1987, p. 300-310.

ALVIM, Arruda. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre processo cautelar*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre mandado de segurança contra ato judicial e medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso*. 2ª série, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. Medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso. In: *Revista de Processo*, nº 74, São Paulo : Revista dos Tribunais, abril-junho de 1994, p. 122-126.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 5ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Do mandado de segurança*. São Paulo : Saraiva, 1978.

- BRAHE, Tycho. Agravo de instrumento nº 1.501, de São José. In: *Jurisprudência Catarinense*, nº 27, Florianópolis : Tribunal de Justiça, 1980, p. 302.
- BUZAID, Alfredo. Do prazo para impetrar mandado de segurança. In: *Revista de Processo*, nº 53, São Paulo : Revista dos Tribunais, janeiro-março de 1989, p. 100-107.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários às leis do mandado de segurança*. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1980.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes Direito. *Manual do mandado de segurança*. São Paulo : Renovar, 1994.
- DOBROWOLSKI, Silvio. Liminar no mandado de segurança. In: *Revista Brasileira de Direito Público*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985, nº 75.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo aspectos polêmicos)*. São Paulo : Malheiros, 1992.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- FILHO, Celso Cardoso. *Alguns aspectos processuais do mandado de segurança*. In: *Revista de Processo*, nº 21, janeiro-março de 1981, p. 79-89.
- FLAKS, Milton. *Mandado de segurança: pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.

GRECO, Marco Aurélio. Ilegitimidade de part em mandado de segurança. In: *Revista de Processo*, nº 5, São Paulo : Revista dos Tribunais, janeiro-março de 1977, p. 332.

GRINOVER, Ada Pelegrini. A tutela preventiva das liberdades: Habeas Corpus e Mandado de Segurança. In: *Revista de Processo*, nº 22, São Paulo : Revista dos Tribunais, abril-junho de 1981, p. 26-37.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil - vol. VIII - tomo I*. São Paulo : Forense, 1978.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.

MIRANDA, Pontes. *Tratado das Ações, tomo. VI*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo : Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de mandado de segurança. In: *Revista de Processo*, nº 72, São Paulo : Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1993, p. 07-12.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, São Paulo : Saraiva, 26ª edição, 1995.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo : Saraiva, 1990.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*.  
2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1974.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do mandado de segurança. In: *Revista de  
Processo*, nº 18, São Paulo : Revista dos Tribunais, abril-junho de 1980, p.  
167-184.

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