

Direito Líquido e Certo: “Pedra de Toque” do Mandado de Segurança*

*Adhemar Ferreira Maciel***

I - Introdução. A “terceira onda” do controle da constitucionalidade das leis. Fenômeno em expansão.

II - Direito líquido e certo, pedra de toque e condição especial da ação do mandado de segurança. Histórico. Conceito doutrinário. Jurisprudência do STF e do STJ.

III – Conclusão.

I - Introdução. A “Terceira Onda” do controle da constitucionalidade das leis. Fenômeno em expansão.

Se no século passado, no início dos anos 30,¹ o mundo viu passivamente crescer a autocracia e se espalhar como fogo o arbítrio, passou, ultimamente, a testemunhar o arrebentar da *Troisième Vague* do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, na expressão otimista de Louis FAVOREAU, deão da Universidade d’Aix-Marseille III.²

Estados tradicionalmente avessos à proteção e garantia dos direitos fundamentais, como os muçulmanos, com o Pacto de Teerã, passaram, “ainda que no papel”³, a admitir o controle do poder público.⁴ Hoje, com a difusão da Internet, a

¹ Mesmo em países de democracia estratificada, como os Estados Unidos da América, em 1935 havia muita gente que acreditava piamente que a estrutura tradicional da política norte-americana estivesse a um passo de desfazer-se. Os partidos políticos não tinham como conter a energia desencadeada por pregoeiros de regimes nazifascistas (cf. SCHLESINGER JR., Arthur. *La era de Roosevelt - la política del cataclismo*. Trad. para o espanhol por José Meza Nieto. México: Uteha, 1968, p. 64).

² A “Primeira Onda” ocorreu logo após a Primeira Grande Guerra, com o controle concentrado na Constituição de Weimar e sobretudo na Constituição da Áustria; a “Segunda Onda” se deu logo depois da Segunda Grande Guerra, com as Constituições da Áustria, Itália, Japão e Alemanha Ocidental (cf. CAPPELLETTI, Mauro. General Report. In: FAVOREAU, Louis, JOLOWICZ, John-Anthony. *Le contrôle juridictionnel des lois - légitimité, effectivité et développements récents*. Paris: Economica, 1986, p. 302).

³ Para alguns sistemas jurídicos, para que o ato internacional passe a obrigar interna e internacionalmente, é necessário sua incorporação legislativa. Para outros, basta a ratificação pelo país assinante. A nova ordem jurídica brasileira, inaugurada em 05.10.88, adota o sistema misto: se o tratado internacional ratificado pelo Brasil versar sobre proteção de direitos fundamentais, a incorporação é automática por força do art. 5.º, § 2.º, da Constituição (cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Max Limonad, 1996, p. 82 e seg.).

exigência se está fazendo pela força das armas. Ditadores enraizados, como o do Egito, da Líbia e do Iêmen foram caindo um a um. Outros estão em compasso de espera. Trata-se de um primeiro passo para a valorização da dignidade humana.⁵ A tônica do constitucionalismo contemporâneo está sobretudo no respeito aos direitos fundamentais, que tendem a se internacionalizar.⁶

Na realidade, não podem existir direitos fundamentais sem instrumentos processuais eficientes e juízes independentes para efetivá-los. Hoje, mais do que justificar os direitos fundamentais, é importante protegê-los.⁷

A Constituição brasileira de 1934 criou o instituto do mandado de segurança, instrumento dos mais eficazes e notáveis do mundo em matéria de proteção genérica dos direitos individuais e coletivos. De nossos Estatutos políticos posteriores, apenas a Carta de 1937 - “A Polaca”⁸ - deixou de contemplá-lo expressamente.

O instituto do mandado de segurança, com mais de setenta e cinco de existência e ainda em constante evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, é, em nosso entender, o mais aperfeiçoado instrumento processual constitucional na defesa dos

⁴ Cf. GÉLARD, Patrice. Transformações do direito constitucional na sociedade contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito das Universidades Metropolitanas Unidas*, Série Internacional V, ano 10, jan./jun. 1996.

⁵ Ao falar sobre o sistema constitucional espanhol, o professor Francisco FERNÁNDEZ SEGADO diz: “*Es por ello mismo por lo que puede afirmarse que todos los derechos que de la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona exigido por la propia dignidad de la misma*” (El sistema constitucional español. In: GARCÍA BELAUNDE, FERNÁNDEZ SEGADO, F., HERNÁNDEZ VALLE, R. *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. Madrid: Dykinson, 1992, p. 394). Daí a Lei Fundamental de Bonn, que tanto influenciou a Constituição espanhola, ter aberto o art. 1.º com a rubrica *Schutz der Menschenwürde* (“Proteção da Dignidade Humana”). Também a Constituição portuguesa foi marcada por tal dispositivo (art. 1.º), uma vez que a “pessoa (humana) é o fundamento e fim da sociedade e do Estado” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, t. IV, p. 167).

⁶ Cf. PIOVESAN, ob. cit., p. 70. Antônio Augusto Cançado TRINDADE fala até em “novo constitucionalismo”, quando se refere à internacionalização da proteção dos direitos humanos (A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 182, ano 46, p. 29, jul./dez. 1993).

⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

⁸ No embalo universal da descrença na democracia, o Governo Getúlio Vargas foi-se inspirar na Carta ditatorial polonesa de Pilsudski (1867-1935) [cf. SILVA, Hélio. *As constituições do Brasil*. R. Globo, 1985, p. 90. Ver, ainda, SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. 2. ed., atualizada por Uadi Lammêgo BULOS. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 104]. Esse estatuto político é classificado por Karl LOEWENSTEIN (1891-1973) como “Constituição originária”, uma vez que criou o “neopresidencialismo” (cf. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Trad. espanhola por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, p. 210). Embora vernáculo, o termo *polaco*, no feminino, tem sentido pejorativo (cf. Dicionário Aurélio Eletrônico). Jósef Pilsudski, ministro da guerra do premiê Moscicki (1867-1946), assumiu poderes ditatoriais e promulgou a Carta de 1935 (cf. *Multimedia Encyclopedia Encarta*. Microsoft, 1992).

direitos fundamentais no Brasil.⁹ Não tem a generalidade inviabilizante do *juicio de amparo* mexicano, nem o casuísmo dos *writs* anglo-americanos.

Por sua simplicidade e eficácia, pode-se dizer, sem bairrismo, que o Mandado de Segurança é digno de ser copiado ou mesmo adaptado por outros povos.¹⁰ É claro que ele não nasceu como Minerva da cabeça de Júpiter. Ao contrário, foi fruto da necessidade e exigência de uma época em que o jurisdicionado começava a experimentar o gosto da liberdade e do enfrentamento com o Poder Público. Ainda que sua inspiração possa estar em institutos alienígenas, como os *writs* anglo-americanos ou o *juicio de amparo* mexicano, sua criação está intimamente ligada ao *Habeas Corpus*, aos Interditos Possessórios e à Ação Anulatória de Atos da Administração (Lei n. 221/1894).¹¹

II - Direito líquido e certo, pedra de toque e condição especial da ação de mandado de segurança. Histórico. Conceito. Jurisprudência do STF e do STJ.

A *essência* do mandado de segurança está no *direito líquido e certo*. O *direito líquido e certo*, como se verá a seguir, é a “pedra de toque” do instituto, para lembrar síntese feliz do pranteado professor Celso Barbi (1921-1996).¹² Desse modo, conceituar *direito líquido e certo* deve ser o primeiro passo para o bom entendimento do mandado de segurança.¹³

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 diz expressamente:

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

⁹ O direito de ir, vir e permanecer é protegido pelo *habeas corpus* (Constituição de 1988, art. 5º, LXVIII).

¹⁰ Diversos autores estrangeiros têm-se ocupado do estudo do instituto brasileiro. Assim, Héctor FIX-ZAMUDIO (*Ensayos sobre el derecho de amparo*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1993); Luis Alberto VIERA (*Ley de amparo*. 2. ed. Montevideo: Idea, 1993). A Lei uruguaia n. 16/011/88 - Ley de Amparo-, como ensina VIERA, foi também inspirada na nossa Lei n. 1.533/51.

¹¹ Cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A constituição federal comentada*. Rio de Janeiro: Konfino, 1949, v. III, p. 178. Em voto proferido no MS n. 333/36, o ministro Carlos MAXIMILIANO fez a seguinte observação: “Não aceito essa opinião, em primeiro lugar, porque o novo instituto jurídico não tem origem romana nem ligação com o inventário, o direito sucessório, ou coisa parecida. O mandado de segurança procede de fonte norte-americana. Aliás, a própria letra do texto leva a esta conclusão” (*Arquivo Judiciário*, v. XLI. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de 5/1/37, p. 7).

¹² BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 11. ed. revista e atualizada pelo professor Bernardo Pimentel Souza. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 51.

¹³ *Ibidem*, p. 51.

*ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.*¹⁴

A Lei n. 12.016/2009, que ab-rogou a Lei n. 1.533/1951 (art. 29) e leis subsequentes, praticamente continua com a mesma redação da lei caduca. Apenas acresceu o instituto constitucional processual do *habeas data* e tornou claro o que se firmara na doutrina e na jurisprudência: *pessoa jurídica* também tem legitimidade ativa para a impetração:

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

Como ressei dos textos *supra* - Constituição e lei regulamentadora - , o “direito líquido e certo” continua sendo a *alma mater* do instituto do Mandado de Segurança. O professor Celso BARBI, com apoio em voto do ministro Pedro Lessa (1859-1921), bem conceitua a locução *direito líquido e certo*:

*a expressão **direito líquido** e certo não foi criada pelo legislador constituinte nem pelo legislador ordinário. Limitaram-se eles a buscá-la na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde a introduzira Pedro Lessa, ao tempo da formulação da doutrina brasileira do **habeas corpus**, e para aplicação a este. A filiação histórica do mandado de segurança ao **habeas corpus** influiu poderosamente na determinação dos conceitos daquele, de que pretenderam fazer, afinal, a modalidade civil do **habeas corpus**.*¹⁵

Outra não é a observação de Themístocles Brandão CAVALCANTI (1899-1980):

*Pedro Lessa foi quem introduziu a expressão certo, líquido e incontestável, nos julgados do Supremo Tribunal, e apesar das críticas feitas, exprimia, com precisão, salvo o rigor da técnica das expressões usadas, as exigências dos juízes daquele Tribunal para que se pudesse ampliar o conceito clássico de **habeas-corpus** a outros direitos que não os concernentes à liberdade física.*¹⁶

Também CASTRO NUNES (1882-1959) diz que “(a)s origens da locução mostram que se trata de um critério jurisprudencial, justificado pelas necessidades da adaptação do *habeas corpus*, na extensão dada a esse instituto pela antiga

¹⁴ A Constituição, no inciso seguinte (LXX), fala em “mandado de segurança coletivo”, legitimando ativamente os impetrantes (alíneas “a” e “b”).

¹⁵ BARBI, ob. cit., p. 51.

¹⁶ Ob. cit., p. 208.

jurisprudência”.¹⁷ Mais para a frente, continua o conceituado ministro e publicista, após transcrever trecho de voto de Pedro Lessa, no qual se utiliza dos adjetivos “incontestável” e “líquido”: “(a) formula *direito certo e incontestavel* tem, pois, nesses antecedentes a sua origem, o seu commentario, a sua explicação”.¹⁸

Efetivamente, Pedro Lessa, no HC n. 3.539, impetrado por Ruy Barbosa no STF, esboça a ideia de que o *direito líquido e incontestável* estava ligado à prova pré-constituída e à rapidez da solução do conflito de interesses. Em seu voto (vencido) disse LESSA:

*A liberdade de locomoção é um direito fundamental, condição do exercício de um sem-número de direitos. No segundo caso, o constrangimento se limita à privação da liberdade individual, quando esta tem por fim próximo o exercício de um determinado direito. Não está o paciente preso, nem detido, nem desterrado, nem ameaçado de qualquer desses constrangimentos à liberdade individual. Apenas lhe tolgem os movimentos necessários para o exercício de um certo direito; não permitem que volte ao domicílio, que penetre na repartição onde é empregado, que vá à praça pública onde se deve realizar uma reunião política, ou à assembléia política de que é membro. Neste segundo caso, diversa é a indagação a que deve proceder o juiz a quem se impetrou a ordem. Cumpre-lhe verificar se o direito que o paciente quer exercer, e o do qual é a liberdade física uma condição, um meio, um caminho, é um direito incontestável, se não há uma controvérsia sobre esse direito, que deve ser dirimido em outro processo. Esta investigação se impõe ao juiz, porquanto o processo do **habeas-corpus** é de andamento rápido, não tem forma nem figura de júízo, e conseqüentemente não comporta o exame, nem a decisão de qualquer outra questão judicial, que lhe queira anexar, ou que nele se pretenda inserir. Desde que esteja apurada a posição jurídica inquestionável, a situação legal bem manifesta, de quem é vítima de uma coação, que constitui o único obstáculo ao exercício de um direito líquido, não é lícito negar o **habeas-corpus**.*¹⁹

Em *habeas corpus* impetrado no meado de dezembro de 1914, para garantir o exercício da presidência do Estado Rio de Janeiro ao então senador Nilo Peçanha (1867-1924), reconhecido como eleito por uma facção do legislativo local, Pedro Lessa (vencido), reiterando suas palavras anteriores, deixa bem claro que “direito incontestável, líquido, certo” está ligado à prova pré-constituída.²⁰

¹⁷ *Do mandado de segurança e outros meios de defesa do direito contra actos do poder público*. Livraria Acadêmica/Saraiva, 1937, p. 55.

¹⁸ Ob. cit., p. 65.

¹⁹ COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964, v. 1, p. 224.

²⁰ *Ibidem*, p. 233.

Outros ministros do STF também se prevaleceram da expressão *incontestável*, como o fez o ministro Coelho e Campos (1843-1919) no *habeas corpus* acima mencionado. Mais tarde, no acórdão n. 5.514, de 24.12.1919, Edmundo Lins (1863-1944) aderiu à nomenclatura lessiana.²¹

Ainda hoje não se acha pacificado o conceito de *direito líquido e certo*. Trata-se de uma *condição*²² específica da ação de mandado de segurança? Envolve mérito?

A resposta às indagações acima vai depender, em primeiro lugar, do direito positivo e, em segundo lugar, da concepção doutrinária e até “filosófica” do operador do direito.

O CPC brasileiro em vigor (1973), por influência doutrinária do “abstracionista” Enrico Tullio Liebman (1903-1986), procurou abraçar a doutrina do direito abstrato de ação: a ação judicial é dirigida *contra* o Estado, e não contra aquele que resiste à pretensão do autor. É, na conceituação de Alfredo ROCCO, um “interesse secundário”, que não se confunde com o direito material (“interesse primário”), ainda que possa ser-lhe conexo. Em outras palavras, como o “credor” da pretensão insatisfeita não pode obrigar *manu militari* o “devedor” a satisfazê-lo, tem de provocar o Estado (juiz), pedindo-lhe que o faça, aplicando o direito objetivo.²³

²¹ Cf. ARAÚJO CASTRO. *A nova constituição brasileira*. Freitas Bastos, 1936, p. 452.

²² A teoria da ação tem sofrido, ao longo dos anos, sobretudo depois do meado do século XIX (Bülow e Wach), constante oxigenação doutrinária. Nosso CPC em vigor (1973) distingue os “pressupostos processuais” das “condições da ação”. A rigor, o juiz só pode chegar à pretensão resistida do autor, deduzida na petição inicial, se satisfeitos os requisitos para o exame de mérito: os *pressupostos processuais*, que dizem respeito à validade e regularidade do processo, e as *condições da ação*, que se interligam com a ação propriamente dita (cf. arts. 3.º e 267, IV e VI). “Não se confundem com os pressupostos processuais, pois estes dizem respeito apenas à validade da relação processual, enquanto as condições da ação se relacionam com a possibilidade ou não de obter-se, dentro de um processo válido, a sentença de mérito” (THEODORO JR, Humberto. *Processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 339). Quando ausente uma condição que seja, o juiz extinguirá o processo (que se pressupõe válido) por “carência de ação” (cf., dentre outros, AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 1977, v. 1, p. 146; THEODORO JR., ob. cit., p. 339).

²³ José Frederico MARQUES (1912-1993) ensina: “A ação, portanto, é direito público subjetivo, uma vez que é dirigido contra o Estado. Trata-se de direito autônomo, conexo a uma pretensão, e de caráter abstrato. É direito conexo a uma pretensão, porque o pedido de tutela jurisdicional tem por fim tornar satisfeita a pretensão que gerou a lide. Nexos e ligações existem, portanto, entre a ação e a pretensão, muito embora não se confundam e se apresentem distintas: a pretensão é ato jurídico que contém exigência contra o réu; a ação é direito subjetivo contra o Estado para pedir-lhe a tutela e o reconhecimento da pretensão” (*Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, v. I, p. 174). O conceito de “ação”, como de resto o de “processo”, continua sempre em fermentação. Elio FAZZALARI “alarga” o conceito de *azione*. Não é só “*la parte che promuove il processo (così, nel processo civile, l’attore)*; *ha la propria azione qualsiasi altra parte (così, ancora nel processo civile, il convenuto, l’interveniente)*: *infatti ciascuna parte ha una serie di poteri, facoltà, doveri, assegnatile*

Antes mesmo do advento da primeira lei do mandado de segurança, a Lei n. 191/36, autores de nomeada, como Carlos Maximiliano (1873-1960), já se debruçavam sobre a expressão constitucional (1934) *direito certo e incontestável*, tentando entendê-la, esmiuçá-la e defini-la.²⁴ CASTRO NUNES chega mesmo a afirmar que o constituinte de 34, “temeroso da facilitação da medida”, teria colocado no texto magno a expressão com o fito de “dificultar a concessão do mandado de segurança”.²⁵ O ministro Carlos MAXIMILIANO asseverava que se tratava de “direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, aplicável de plano, sem detido exame nem laboriosas cogitações”.²⁶ Esse entendimento nos parece, hoje, numa perspectiva puramente histórica, compreensível para a época, uma vez que o texto constitucional então vigente (1934) se utilizava do advérbio *manifestamente* para modificar os adjetivos *inconstitucional* e *ilegal*. Mas, a partir da Constituição de 1946, que suprimiu o *manifestamente* e trocou a expressão *certo e incontestável* por *líquido e certo*, já não se podia mais falar em *direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável*. Por isso, não deixa de ser um tanto caturra a persistência de Carlos MAXIMILIANO na mesma conceituação anterior, quando, nos *Comentários à Constituição* (1946), repetia que

*(c)abe o mandado de segurança quando se trate de direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame, nem laboriosas cogitações [...] Direito líquido e certo é aquele contra o qual se não podem opor motivos ponderáveis, e, sim, meras e vagas alegações, cuja improcedência o magistrado logra reconhecer imediatamente sem necessidade de exame demorado, pesquisas difíceis; por outras palavras, é o que nenhum jurista de mediana cultura contestaria de boa fé e desinteressadamente.*²⁷

Esse pensamento doutrinário não deixou de refletir-se no STF, como deixa transparecer o excerto de voto abaixo, do ministro LAFAYETTE DE ANDRADA (1900-1974):

proprio per realizzare, con una serie di atti, la sua partecipazione al processo, quindi il contraddittorio.” (Istituzioni di diritto processuale. 5. ed. Padova: CEDAM, 1989, p. 405).

²⁴ Uma das primeiras tentativas de interpretar a dicção constitucional “direito certo e incontestável” partiu do então juiz federal CUNHA MELLO, como sendo aquele “contra o qual se não podem opor motivos ponderáveis e sim vagas alegações cuja improcedência o magistrado pode reconhecer imediatamente, sem necessidade de detido exame” (FLAKS, Milton. *Mandado de segurança - pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 111).

²⁵ Ob. cit., p. 63.

²⁶ Parecer. *Jornal do Commercio*, 28 de agosto de 1934.

²⁷ 5. ed. Freitas Bastos, 1954, v. III, p. 146 e seg.

Vê-se que não pode haver direito líquido e certo quando o assunto dá margem a variadas opiniões, variados entendimentos do texto legal. O direito líquido e certo exige sua comprovação à primeira vista, sem se aprofundar em doutrinas e controvérsias (MS n. 1.514-DF, julgado em 20.02.52).

O modo de pensar do ministro Carlos Maximiliano, então procurador-geral da República,²⁸ já havia sofrido crítica de CASTRO NUNES:

(e)ntendidas desse modo as palavras do texto constitucional, só as questões muito simples estariam ao alcance do mandado de segurança. Mas taes questões não são as que commumente dão entrada em juizo. Aliás, o criterio que parecesse simples a um juiz, difficil e complicado poderia ser para outro, menos enfrornado no assumpto.²⁹

Alfredo Buzaid (1914-1991) gasta boas páginas e não consegue, creio eu, precisar o que vem a ser o *direito líquido e certo*. Combate a conceituação de Celso Barbi, que via no instituto conotação *tipicamente processual*.³⁰ Procura fazer um paralelo entre o conceito civilístico de *título líquido e certo* com *direito líquido e certo*, não logrando apontar um porto seguro para o entendimento da cláusula constitucional.

A nosso ver - diz BUZAID -, direito líquido e certo, para efeito de mandado de segurança, não é aquele que se apresenta certo quanto à sua existência e líquido quanto ao seu valor, para usar a fórmula empregada pelo Código Civil ao definir a obrigação líquida (art. 1.533).³¹

Mais para a frente, continua o juspublicista pátrio:

O que, a nosso ver, esclarece o conceito de direito líquido e certo é a idéia de sua incontestabilidade, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública, que pratica um ato ilegal ou de abuso de direito.³²

Ora, percebe-se a fragilidade da conceituação acima, que parte de elemento puramente subjetivo. O que seria uma “afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública”? É o juiz que vai fazer a avaliação da *seriedade* como se fosse a autoridade coatora? Claro que não!

Sérgio FERRAZ busca conceituar separadamente os adjetivos *líquido* e *certo*, o que não me parece aconselhável. Afirma: *Diremos que líquido será o direito que se*

²⁸ O procurador-geral da República era escolhido pelo presidente da República dentre um dos juízes do STF (Decreto n. 848/1890, art. 6.º).

²⁹ Ob. cit., p. 57.

³⁰ A conotação “processualística” é também defendida por Eduardo ARRUDA ALVIM em *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 100.

³¹ “Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”.

³² *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. I, p. 85 e seg.

*apresente com alto grau, em tese, de plausibilidade; e certo aquele que se oferece configurado preferencialmente de plano, documentalente sempre, sem recurso a dilações probatórias.*³³

Indago: por que voltar-se à ideia de “plausibilidade” do direito subjetivo, se não está em jogo medida cautelar? Ainda que veja no “direito líquido e certo” uma *condição da ação criada no patamar constitucional*, Sérgio FERRAZ diz que o “direito líquido e certo” também implica *decisão de mérito*. *Data venia* do eminente jurista, *direito líquido e certo*, por sua natureza puramente processual, não envolve mérito, como mostra a ementa abaixo, da lavra do ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

2. Mandado de segurança. Direito líquido e certo. O direito líquido e certo, pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não à procedência desta, matéria de mérito (cf. STF, Plen., AGRG MS n. 21.243, 12.09.90 (RE n. 117.936-RS, DJU 07.12.90, p. 257)).

Ninguém melhor do que o ministro COSTA MANSO (1876-1957), do STF, conceituou o *direito certo e incontestável*. Trata-se de voto célebre, hoje repetido por todos aqueles que tratam do tema, proferido no MS n. 333/1936, onde foi lido voto já preparado para o RMS n. 324:

Eu, porém, entendo que o art. 113, n. 33, da Constituição (refere-se à Constituição de 1934) empregou o vocabulo direito como synonymo de poder ou faculdade decorrente da lei ou norma (direito subjectivo). Não alludiu á própria lei ou norma (direito objectivo). O remedio judiciario não foi criado para a defesa da lei em these. Quem requer o mandado, defende o seu direito, isto é, o direito subjectivo, reconhecido ou protegido pela lei. O direito subjectivo, o direito da parte é constituído por uma relação entre a lei e o facto. A lei, porém, é sempre certa e incontestavel. A ninguém é lícito ignorar-a, e com o silencio, a obscuridade, a indecisão della não se exime o juiz de sentenciar ou despachar (Código Civil, art. 5º da Introdução). Só se exige prova do direito estrangeiro ou de outra localidade, e isso mesmo se não for notoriamente conhecido. O facto é que o petionario deve tornar certo e incontestável, para obter mandado de segurança. O direito será declarado e applicado pelo juiz, que lançará mão dos processos de interpretação estabelecidos pela sciencia,

³³ *Mandado de segurança (individual e coletivo) - aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 24.

*para esclarecer os textos obscuros ou harmonizar os contraditórios. Seria absurdo admitir se declare o juiz incapaz de resolver de plano um litígio, sob o pretexto de haver preceitos legais esparsos, complexos ou de inteligência difícil ou duvidosa. Desde, pois, que o facto seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança.*³⁴

CASTRO NUNES, já em 1937, quando vigia a Lei n. 191/36, é muito claro a respeito da locução *direito certo e incontestável*:

*Direito certo e incontestável, para os efeitos do mandado de segurança, se define por uma condição processual e pelo teor da obrigação que incumba á autoridade. Condição processual é a possibilidade de provar de plano, documentalmente, os pressupostos da situação jurídica a preservar do acto lesivo e a violação ou ameaça de que se queixa o impetrante, susceptível, em regra, de prova official. A segunda indagação é o merito da questão, o exame da legalidade do procedimento da autoridade, o direito de exigir da autoridade o cumprimento de um dever funcional.*³⁵

Ainda que não esteja totalmente pacificada a conceituação de *direito líquido e certo*, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma pesquisa em decisões do STF mostra que vai prevalecendo, ao longo dos anos, a tese de que a expressão *direito líquido e certo* está ligada à prova pré-constituída, a fatos documentalmente provados com a inicial:

Deixa de ser líquido e certo o direito do impetrante, se demanda de provas para a sua verificação. Improriedade do mandado de segurança, nesse caso (RMS n. 1.548, min. MÁRIO GUIMARÃES, DJU de 19.05.52, p. 2.276).

Retificação de limites do território do novo Município. Questões de alta indagação,³⁶ insusceptíveis de apreciação em mandado de segurança. Recurso desprovido. (Ementa do RMS n. 4.953-RS, min. BARROS MONTEIRO, DJU de 02.05.58).

³⁴ *Archivo Judiciario*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, v. XLI, de 5/1/37.

³⁵ Ob. cit., p. 61 e seg.

³⁶ Os praxistas consideravam “questão de alta indagação” a que envolvia fatos complexos, apuráveis somente através do procedimento ordinário. “As questões de alta indagação somente podem ser promovidas em ações cujos ritos sejam ordinários. E, se aventadas em ações especiais, devem ser trazidas à ação própria, para que, por ela, seguidas as formalidades processuais que se mostrem indispensáveis, se solucione a pendência” (DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. I, p. 139). No verbete “Alta indagação”, n. 4, J.M. de CARVALHO SANTOS, coadjuvado por José de Aguiar Dias, anota: “Houve, entretanto, sérias divergências entre notáveis juristas sobre a conceituação de “alta indagação”. Sustentaram uns que casos de “alta indagação” eram, apenas, os que envolviam questões de fato, dependentes de produção de provas, ao passo que outros defendiam a tese de que podiam existir questões de direito de alta indagação, desde que fossem difíceis e intrincadas” (*Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. III, 1947, p. 211).

*Mandado de segurança. Ao relator é facultado o indeferimento **in limine**, cabendo agravo de tal despacho. Não cabimento do remédio, pois o caso não é daqueles em que, por ser possível excluir a **controvérsia sobre matéria de fato**, o mandado de segurança serve ao reconhecimento de **direito líquido e certo, demonstrável desde logo pela só exibição de documentos**, em confronto com a lei aplicável (RMS n. 1.912, min. LUIZ GALLOTTI, DJU de 14.12.53, p. 3.781).*

*Mandado de segurança e direito a vencimentos. **Dúvidas na situação dos impetrantes** ainda quanto à entidade devedora. Inocorrência de direito líquido e certo. Indeferimento do writ (MS n. 2.174, min. OROSIMBO NONATO, DJU de 08.07.54, p. 7.985).*

*Mandado de segurança. Posse e domínio. **Questões de fato. Ausência de direito líquido e certo. Decisão judicial. Improcedência do pedido. Denegação do recurso** (RMS n. 2.478, min. RIBEIRO DA COSTA, julgamento em 01.10.54).*

*Mandado de segurança. Denegação, desde que **não se demonstra direito líquido e certo, tanto assim que, ainda nas razões de recurso, o impetrante oferece novos documentos e pede a requisição de outros, o que se não concilia com a índole daquele remédio sumaríssimo. Recurso não provido** (RMS n. 2.484, min. LUIZ GALLOTTI, julgamento em 06.04.55).*

*Mandado de segurança. **Não cabimento, se a matéria a ser decidida envolve questões de fato, sujeitas a árduos meios de prova e exame incompatíveis com o requisito de liquidez e certeza do direito** (RMS n. 2.954, min. LUIZ GALLOTTI, julgamento em 08.03.55)*

*Mandado de segurança. **Ausência de direito líquido e certo. Questões de fato a serem apuradas. Nega-se a segurança** (RMS n. 3.079, min. LAFAYETTE DE ANDRADA, julgamento em 04.04.56).*

*Aforamento. **A dependência de prova mostra a inexistência de direito líquido e certo** (RMS n. 5.481, min. CÂNDIDO MOTTA, julgamento em 09.07.58).*

*Mandado de segurança: **deve ser denegado quando lhe falta documentação hábil, que mostre o direito líquido e certo** (RMS n. 6.099, min. AFRÂNIO COSTA, julgamento em 24.11.58).*

Mandado de segurança; não há direito líquido e certo dependente de provas a serem produzidas posteriormente. Funcionário civil ou militar em missão oficial no estrangeiro, não está por esse fato autorizado a trazer bens que mandou adquirir em diversos países e importá-los desses países para o Brasil (RE n. 39.282-DF, min. AFRÂNIO COSTA, DJU de 30.01.60).

*Recurso extraordinário. Interposto de acórdão concessivo de mandado de segurança. Rejeição liminar. Agravo desprovido. **Direito líquido e certo verificado em face da prova** (AG n. 27.428, min. Antônio VILLAS BOAS, DJU de 18.10.62, p. 1.569)*

*Máquinas trazidas do estrangeiro. Licença de importação. **Matéria que depende de exame de prova escapa ao remédio constitucional** (RMS n. 9.513-DF, min. CÂNDIDO MOTTA, julg. em 11.07.62).*

*Funcionários públicos interinos. Não é líquido nem certo o direito que pleiteiam aos cargos para que foram nomeados outros candidatos aprovados em concurso. **Em mandado de segurança não se examinam fatos contestados, contestáveis e dependentes de prova. Indeferimento** (MS n. 8.584-DF, min. PEDRO CHAVES, DJU de 17.12.63, p. 4.432).*

*Não há matéria de direito, que se possa considerar complexa, para solução no mandado de segurança. Complexa é só, na lição dos Doutores, a matéria de fato, que não possa ser deslindada por documentos fora de dúvida. **No caso dos autos, não há controvérsia em torno dos fatos, reconhecidos por ambas as partes. Tudo gira em torno de decretos e atos dos Governadores e da interpretação de leis. Logo, a matéria pode ser decidida por via de mandado de segurança, quanto a este ponto.** (Excerto do voto do relator, min. ALIOMAR BALEEIRO, no RMS n. 11.353-PR, publicado na *RTJ*, n. 39, p. 464).*

*Mandado de segurança. Autorização de pesquisa de areia. **Não sendo certos os fatos, uma vez que a versão do impetrante colide com as informações da autoridade, não é possível o exame dos efeitos jurídicos acaso resultantes dos mesmos fatos. Inexistência de direito líquido e certo. Denegação do mandado de segurança.** (MS n. 18.370-DF, min. ELOY DA ROCHA, DJU de 29.12.69, p. 6.235).*

*In casu há controvérsia em torno da matéria de prova, de modo a afastar a propriedade do mandado de segurança, que pressupõe direito líquido e certo. **Recurso provido** (RE n. 70.558-SP, min. DJACI FALCÃO, DJU de 14.06.71).*

*Mandado de segurança. Prova. Acórdão que, em face das circunstâncias do caso, entende que são elas aptas para a demonstração da certeza do fato não viola o par. 21 do art. 153 da Constituição Federal, nem o artigo 1.º da Lei 1.533/51, pois nenhum dos dois dispositivos trata dos meios de prova que podem produzir no juiz a **convicção da certeza dos fatos alegados, e, conseqüentemente, da existência de direito líquido e certo** a que ambos aludem. Dissídio de jurisprudência não comprovado em face dos termos do art. 305 do Regimento Interno do STF. Recurso extraordinário não conhecido (RE n. 89.687, min. MOREIRA ALVES, DJU de 11.12.78).*

Recurso Extraordinário. Prequestionamento. Súmulas 282 e 356.

*Matéria relativa à compensação de crédito tributário que, a par de não prequestionada, não guarda similitude com a sistemática da não cumulatividade do ICM. Mandado de segurança. **Direito líquido e certo. Inexistência de ofensa aos pressupostos processuais do mandado de segurança visto que a controvérsia encerra questões de direito, não de fato, sob controvérsia.** Recurso extraordinário não conhecido (RE n. 96.842/RJ, min. RAFAEL MAYER, DJU de 27.08.82, p. 8.180).*

Mandado de segurança. Militar. Promoção. Artigo 8.º do ADCT

Sendo controvertidos os fatos alegados, não há direito líquido e certo a permitir a concessão do mandado de segurança.

Recurso ordinário a que se nega provimento (RMS n. 21.567-DF, min. MOREIRA ALVES, DJU de 30.10.92, p. 19.515).

Mandado de segurança. Recurso ordinário. Multa por ocupação irregular de imóvel funcional.

Em se tratando de mandado de segurança em que a prova tem de ser feita, com a inicial, pelo impetrante, não é admissível que se reconheça a ele, diante da afirmação, da autoridade impetrada, de que a ocupação e irregular, direito líquido e certo quanto a regularidade dessa ocupação com base em mera praesumptio hominis.

Recurso ordinário a que se nega provimento (RMS n. 22.135-DF, min. MOREIRA ALVES, DJU de 20.10.95, p. 35.262).³⁷

³⁷ As ementas transcritas foram tiradas do *Informa Jurídico* - versão 6, ProLink - CDRom.

Jurisprudência do STJ mostra que, salvo raras exceções, a Corte tem entendido que *direito líquido e certo* diz respeito a *prova documental*, juntada com a petição inicial:

Mandado de segurança. Administrativo. Auditores fiscais da Previdência social. Extensão da gratificação de desempenho de Atividade tributária a servidores aposentados e pensionistas. **Ausência de prova pré-constituída. Direito líquido e certo não-demonstrado** de plano.

1. **A ausência de prova pré-constituída de direito líquido e certo, no caso caracterizada pela falta de juntada aos autos de cópia do ato impugnado** (Portaria nº 5.302/2000) e de contracheques dos substituídos pelo sindicato impetrante, que demonstrassem o não-pagamento da GDAT a aposentados e pensionistas, determina a **extinção do processo sem julgamento de mérito**.

2. Mandado de segurança **extinto sem julgamento de mérito** (MS n. 7787/DF, rel. min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. DJU 05.11.2007, p. 222)

Mandado de segurança. Demarcação de terras indígenas. **Matéria Controvertida. Direito líquido e certo não demonstrado de plano. Via mandamental inidônea.**

1. Em se tratando de mandado de segurança, a **prova do direito líquido e certo deve ser manifesta, pré-constituída**, apta, assim, a favorecer, de pronto, o exame da pretensão deduzida em juízo, sendo certo que a existência de controvérsia acerca de questões que constituem a base fática do direito vindicado pela parte é bastante para inviabilizar o manuseio da via excepcional.

2. Agravo regimental não-provido (AgRg no MS n. 8873/DF, rel. min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. DJU de 12.11.07, p. 147).

O *direito líquido e certo* é uma “condição especial” da ação de mandado de segurança. Em outras palavras, o impetrante, para que possa utilizar-se desta ação expedita, prevista na própria Constituição, deve provar com a inicial, através de documentos, o que afirma. Se não tiver documento, se não tiver prova pré-constituída, não tem *direito líquido e certo*. Essa a *condição* legal imposta para que o autor (impetrante) se utilize desse instrumento processual constitucional. O § 1º do art. 6.º da Lei n. 12.016/2009³⁸, por outro lado, reforça a *tese processual do direito líquido e certo* como *condição da ação*:

No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse

³⁸ Excepcionalmente, a documentação pode estar em poder da autoridade coatora ou de terceiro.

fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez dias). Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação. (...).

Também o art. 19 da LMS vem em socorro de nossa argumentação, isto é, de que o *direito líquido e certo* é uma *condição especial* da ação de mandado de segurança:

A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Daí notar SEABRA FAGUNDES (1910-1993) que tal caminho apontado “somente pode ter como objetivo ensejar uma formulação mais completa da prova, pois a demonstração do direito, em face dos textos, há de ser substancialmente a mesma já feita no requerimento do mandado”.³⁹

Tecnicamente, então, se o impetrante não juntar a documentação, comprovando o fato deduzido na inicial, ou se a apuração dos fatos exigir outras provas, deverá ser considerado, dentro de nossa sistemática processual, *carecedor da segurança*. Em outras palavras, o juiz não entrará no *mérito*, e extinguirá o processo com base no art. 267, VI, do CPC. É o que afirmou a saudosa professora Lúcia Valle FIGUEIREDO (1935-2009):

*Impende, pois, que os juízes, quando entenderem não haver **direito líquido e certo**, por necessidade de dilação probatória, não deneguem a segurança, porém extingam-na por **carência dessa via processual**. Com efeito, com a denegação supõe-se ter sido o mérito percutido.*⁴⁰

Celso BARBI, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*⁴¹ lembra que para Chiovenda as expressões “carência” e “improcedência” da ação são equivalentes:

(S)e o juiz conclui que o autor não tem direito de ação, tanto faz que a conclusão decorra da falta de legitimidade, da falta de interesse, ou de não existir a vontade concreta da lei alegada pelo autor; em qualquer desses casos, o autor carece de ação, não tem ação, vale dizer, sua ação não tem procedência, é improcedente.

Penso que o mestre da Casa de Affonso Penna não tinha razão. Ainda que doutrinariamente possa não haver diferença, trata-se de distinção feita pelo direito

³⁹ *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 280.

⁴⁰ *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 176.

⁴¹ 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. I, p. 21.

positivo brasileiro. A doutrina de LIEBMAN, como se falou mais acima, foi básica na configuração de nosso CPC. Já nos primeiros anos da década de 40, em *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, o catedrático de Pavia insistia, após falar em *legitimatio ad causam* e em legítimo interesse:

*Estes são, pois, os requisitos que deve(m) preencher a lide para poder ser julgada, porque sem eles a lide está mal proposta e não oferece as garantias de uma solução justa e adequada do conflito de interesses, para cuja eliminação se invocou a autoridade da lei e a sabedoria do poder judiciário. Recebem o nome de condições da ação, porque são verdadeiras condições de existência da ação, requisitos cuja falta produz a carência da ação.*⁴²

Luiz MACHADO GUIMARÃES comunga do mesmo pensamento de Liebman:

*A carência da ação, portanto, nada tem a ver com a eventual inexistência do direito subjetivo afirmado pelo autor (hipótese de improcedência da ação), nem com a possível inexistência de algum dos requisitos, ou pressupostos da relação processual (hipótese de nulidade do processo). É situação que diz respeito apenas ao direito de ação e que pressupõe a autonomia deste direito.*⁴³

Como ensina ARRUDA ALVIM, as condições da ação (em geral)

*são requisitos de ordem processual, intrinsecamente instrumentais e existem, em última análise, para se verificar se a ação deverá ser admitida ou não. Não encerram, em si, fim definitivo algum; são requisitos-meios para, admitida a ação, vir a poder ser julgado o mérito (a lide ou o objeto litigioso, respectivamente, principalmente na linguagem de Carnelutti, e, na dos alemães).*⁴⁴

Acertada parece-me a decisão abaixo, do ministro ILMAR GALVÃO, quando compunha o STJ:

*Administrativo. Radiodifusão. Interferências de uma emissora nas transmissões de outra. Mandado de segurança visando compelir o Ministério das Comunicações a coibir a irregularidade de interferências negadas pela autoridade e pela emissora apontada como irregular, com base em laudo de medição elaborado por técnicos indicados pelas partes em lide. **Palavra final que somente poderá ser obtida por meio de perícia técnica judicial, que não comporta no rito do mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo, que conduz à carência da ação.** Ressalvada à impetrante a faculdade de renovar a sua pretensão pela via ordinária (MS n. 58-DF. DJU de 21.08.89, p. 13.321).*⁴⁵

Com idêntica precisão técnico-processual, o ministro GALVÃO, já no STF, assim ementou, como relator designado, o MS n. 21.575-DF, publicado no DJU de 17.06.94, p. 15.707:

⁴² São Paulo: Saraiva, 1947.

⁴³ *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica Universitária, 1969, p. 96.

⁴⁴ *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1990, v. 1, p. 384.

⁴⁵ *Informa Jurídico - Base de Dados - ProLink - Versão 9 - CDRom*.

Mandado de Segurança. Decreto Homologatório da Demarcação Administrativa da Área Indígena denominada Guasuti, no Estado de Mato Grosso do Sul. Alegada ilegalidade, por tratar-se de terras particulares, detidas por produtores rurais, com base em títulos de domínio que remontam a 1920.

*Controvérsia cuja dilucidação implica a **necessidade de apurar** se, conquanto desocupadas pelos índios há cerca de 50 anos, como alegado, as terras em questão, em alguma época, teriam saído do domínio da União, circunstância sem a qual não se poderia reconhecer legitimidade à alienação que, segundo se alega, delas fez o Estado-Membro, iniciando a cadeia dominial ora exibida pelos impetrantes.*

*Questão insuscetível de ser dilucidada sem **ampla instrução probatória**, que o rito do mandado de segurança não comporta.*

Carência da ação.

Ainda que proferida em recurso extraordinário, a decisão abaixo ementada acha-se relacionada com a questão de direito líquido e certo como *condição da ação de mandado de segurança*:

Carência de ação decretada por **insuficiência de provas trazidas a juízo**, para caracterização do direito postulado em **mandado de segurança**. Não tendo sido ventilado, no acórdão recorrido, o dispositivo constitucional dado como contrariado (art. 23, II), nem estando configurada a divergência com a Súmula 271, prevalece o óbice previsto no art. 325, III (in fine) do Regimento Interno.

Recurso extraordinário de que não se conhece (RE n. 110.656-SP, min. OCTÁVIO GALLOTTI, DJU de 10.10.86, p. 18.935).

Fiel à “corrente processualista” do direito líquido e certo, assim ementei o MS n. 195-DF, julgado na 1ª Seção do STJ em 31.10.89, e publicado no DJU de 19.02.90, p. 1.395:

Mandado de segurança. Dispensa sem motivação de empregado concursado. Razões políticas. Falta de direito líquido e certo. Ressalva das vias ordinárias.

I- A impetração é contra ato que indeferiu a reintegração do impetrante, empregado publicamente concursado, dispensado há mais de oito anos. Assim, não se pode falar em decadência.

II - O mandado de segurança, embora seja uma ação, exige uma condição especial: a do direito líquido e certo. Dessarte, quem não consegue provar documentalmente aquilo que afirma não tem como se prevalecer da via eleita. Nos autos, não há prova de que o impetrante tenha sido dispensado por razões ideológicas. Ao contrário, há indícios de que o motivo da dispensa tenha sido outro.

III- Carência da ação por falta de direito líquido e certo. Ressalva das vias ordinárias, onde a dilação probatória é a mais ampla possível.

Quando integrante da 3ª Seção do STJ, elaborei, como relator designado, a seguinte ementa:

Administrativo. Mandado de segurança. Imóveis funcionais administrados pelas Forças Armadas. Cadastramento para efeito de compra. Segurança concedida.

I - Dez são os impetrantes. Vindicam o cadastramento de imóveis funcionais por eles ocupados. A Seção tem jurisprudência firmada no sentido de que o servidor civil de imóvel administrado pelas Forças Armadas tem direito ao cadastramento para efeito de compra. No caso concreto, só quatro dos impetrantes satisfazem às exigências materiais e processuais.

II - Segurança concedida quanto aos quatro primeiro. Quanto aos demais, três são carecedores da ação de segurança por falta de direito líquido e certo (fatos controversos) e três não têm direito ou por serem militares ou por não terem demonstrado a regularidade ocupacional (MS n. 2.477-DF, DJU de 27/09/93, p. 19.772).

Celso BARBI, sem dúvida alguma o maior paladino de *direito líquido e certo* como *condição especial* da ação de mandado de segurança, após considerações sobre a conceituação de Costa Manso, diz:

Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos.⁴⁶

A respeito do direito líquido e certo, como requisito puramente processual, sublinha o douto ministro SEABRA FAGUNDES:

Assim, ter-se-á como líquido e certo o direito cujos aspectos de fato se possam provar, documentalmente, fora de toda a dúvida, o direito cujos pressupostos materiais se possam constatar pelo exame da prova oferecida com o pedido, ou de palavras ou omissões da informação da autoridade impetrada.⁴⁷

Hely Lopes MEIRELLES (1917-1990), embora não tenha sido muito claro no início de sua conceituação de *direito líquido e certo*,⁴⁸ acrescenta:

*em última análise, **direito líquido e certo** é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de mandado de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza*

⁴⁶ Ob. cit., p. 56 e seg.

⁴⁷ Ob. cit., p. 279.

⁴⁸ *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 15. ed., atualização Arnaldo WALD. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 25.

*adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1.533). É um conceito impróprio - e mal-expresso - alusivo a precisão e comprovação do direito quando deveria aludir a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.*⁴⁹

Ovídio A. Baptista da SILVA (1929-2009), que defende convictamente a categoria das “ações mandamentais”,⁵⁰ sintetiza seu pensamento quanto à expressão “direito líquido e certo”:

*A regra, portanto, é a seguinte: - estando os fatos claramente demonstrados nos documentos com que o autor do mandado de segurança instruiu o pedido, a maior ou menor complexidade da quaestio iuris, é irrelevante para descaracterizar a “certeza” do direito. Por mais controvertido que ele seja, no plano da existência somente pode haver duas alternativas: ou o direito existe ou não existe, independentemente daquilo que o julgador possa pensar a seu respeito.*⁵¹

No mesmo diapasão é o ensinamento de Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, que lembra Lopes da Costa, quando esse último fala em “processo documental” do direito alemão.⁵² O Livro V da ZPO alemã (§§ 592 a 605), é verdade, cuida do “Processo documental e cambiário” (*Urkunden-und Wechselprozeß*). Tal ação (*Klage*) é admitida quando se tem a pretensão (*Anspruch*) de receber dinheiro ou coisa fungível. Os documentos devem acompanhar a petição inicial.⁵³

Ernane Fidelis dos SANTOS fala a mesma linguagem:

O sentido de liquidez e certeza do direito defendido é processual e não material, mesmo porque, embora entendendo-se que o autor tenha direito à

⁴⁹ Ob. cit. p. 26.

⁵⁰ Dificuldade maior está na conceituação da “natureza jurídica” do mandado de segurança. Seria ação de cognição? executiva? cautelar? Chegou-se mesmo a criar uma quarta modalidade: ação mandamental. Pontes de Miranda e Lopes da Costa se utilizaram à larga dessa denominação de G. KUTTNER, em seu *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, divulgada sobretudo por James GOLDSCHMIDT, quando esse último afirmava que “a ação de mandamento se encaminha a obter um mandado dirigido a outro órgão do Estado, por meio da sentença judicial” (*Derecho procesal*. Trad. de Leonardo Castro Prieto. Labor: 1936, p. 115). Sobre a terminologia kuttneriana, diz Milton FLAKS: “No conceito clássico de Kuttner, ações mandamentais seriam aquelas em que o juiz, sem resolver a relação de direito existente no fundo do litígio, ordena a outro órgão do Estado que pratique ou omita um ato de seu ofício, a pedido da parte vencedora. A teoria sofreu críticas por não terem tais ações um conteúdo diferente das outras demandas, distinguindo-se, tão somente, por um efeito específico. Desse modo, o mandado de segurança não se ajustaria, perfeitamente, à definição de Kuttner, uma vez que o juiz não se abstém de solucionar o conflito básico existente entre o impetrante e a autoridade” (ob. cit., p. 26).

⁵¹ *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, v. II, p. 274.

⁵² Mandado de segurança: uma visão de conjunto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 110.

⁵³ “A ação ou a petição preparatória se devem fazer acompanhar dos documentos, no original ou em cópia” (*Die Urkunden müssen in Urschrift oder in Abschrift der Klage oder einem vorbereitenden Schriftsatz beigefügt werden* (§ 593, 2).

*ação, onde se requer segurança, a sentença poderá afirmar que o direito não exista. Direito líquido e certo é o que pode ser reconhecido apenas pela apreciação do modelo jurídico próprio com o fato nele adequado, sem necessidade de se socorrer de provas, ou quando muito somente da documentação incontestada, onde se resume e se esgota toda a indagação probatória do fato. Se a questão depender de outras provas, as vias ordinárias são o caminho específico.*⁵⁴

O pranteado professor Celso Ribeiro BASTOS também comungava do entendimento de que o *direito líquido e certo* tem natureza puramente processual:

*De todo o exposto resultam diversas conclusões. Em primeiro lugar, direito líquido e certo é conceito de ordem processual, que exige a comprovação dos pressupostos fáticos da situação jurídica a preservar. Consequentemente, direito líquido e certo é conditio sine qua non do conhecimento do mandado de segurança, mas não é conditio per quam para a concessão da providência judicial.*⁵⁵

Em artigo doutrinário, o ministro Carlos Mário VELLOSO endossa o “conceito processual” do mandado de segurança, uma vez que se reporta a lições de Celso Barbi, Lopes da Costa (1885-1966) e Sálvio de Figueiredo Teixeira.⁵⁶ Quando ministro do STJ, de modo coerente, considerou o “direito líquido e certo” conexionado com os “fatos” (provados). É o que se infere da ementa abaixo:

Constitucional. Processual Civil. Mandado de Segurança. Direito Líquido e Certo.

I - Direito líquido e certo, que autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, diz respeito aos fatos. Incontroversos estes, é possível o ajuizamento do writ, porque ao juiz será possível o ajuizamento completar a relação fato-direito positivo de que pode resultar o direito subjetivo. Qualquer direito subjetivo, público ou privado, desde que líquido e certo, pode ser defendido por meio do mandado de segurança.

II - Embargos de declaração rejeitados. (EDMS n. 124-DF, DJU de 06.08.90, p. 7.311).

III - CONCLUSÃO.

Em suma, dentro da melhor corrente doutrinária e jurisprudencial, o *direito líquido e certo* é condição da ação do mandado de segurança. Nada tem que ver com

⁵⁴ *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1994, p. 169.

⁵⁵ *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 331.

⁵⁶ “O conceito, portanto, de direito líquido e certo, ensina Celso Barbi, lição que é também, de Lopes da Costa e Sálvio de Figueiredo Teixeira, é processual”. Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção*, p. 81.

o mérito. Quem não prova com a inicial o que diz, não tem direito líquido e certo. Deve ser, então, julgado *carecedor* da ação de segurança.

(*) Artigo publicado no livro *Advocacia nos Tribunais: homenagem a Aristoteles Atheniense*. Coord. de Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira e Raquel Dias da Silveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

(**) Consultor Jurídico. Ministro aposentado do STJ. Presidente da Academia Mineira de Letras Jurídicas. Ex-professor da Universidade de Brasília e da Faculdade de Direito Milton Campos.

OBRAS CITADAS

- | | |
|--------------------------------|---|
| | <i>Multimedia Encyclopedia Encarta</i> . Microsoft, 1992. |
| | <i>Archivo Judiciario</i> , v. XLI. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de 05.01.37. |
| | <i>Informa Jurídico</i> - versão 6, ProLink - CDRom. |
| AMARAL SANTOS, Moacyr | <i>Primeiras linhas de direito processual civil</i> . 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1977. |
| ARAÚJO CASTRO | <i>A nova constituição brasileira</i> . Freitas Bastos, 1936. |
| ARRUDA ALVIM | <i>Tratado de direito processual civil</i> . São Paulo: RT, v. 1, 1990. |
| ARRUDA ALVIM, Eduardo | <i>Mandado de segurança no direito tributário</i> . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. |
| BARBI, Celso Agrícola | <i>Do mandado de segurança</i> . 11. ed., revista e atualizada pelo professor Bernardo Pimentel Souza. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. |
| BARBI, Celso Agrícola | <i>Comentários ao Código de Processo Civil</i> . 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1993. |
| BASTOS, Celso Ribeiro | <i>Comentários à constituição do Brasil</i> . São Paulo: Saraiva, v. 2, 1989. |
| BOBBIO, Norberto | <i>A era dos direitos</i> . Trad. Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. |
| BUZAID, Alfredo. | <i>Do mandado de segurança</i> . São Paulo: Saraiva, v. I, 1989. |
| CARVALHO SANTOS, J. M. de (At. | <i>Repertório enciclopédico do direito</i> |

- por José de Aguiar Dias)
- CASTRO NUNES *Do mandado de segurança e outros meios de defesa do direito contra actos do poder público.* São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva, 1937.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão *A constituição federal comentada.* Rio de Janeiro: Konfino, v. III, 1949.
- COSTA MANSO *Archivo Judiciario.* Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, v. XLI, de 05.01.37.
- COSTA, Edgard *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v. 1, 1964.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1991.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- FAVOREAU, Louis, JOLOWICZ, John-Anthony *Le contrôle juridictionnel des lois - légitimité, effectivité et développements récents.* Paris: Économica, 1986.
- FAZZALARI, Elio *Instituzioni di diritto processuale.* 5. ed. Padova: CEDAM, 1989.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) - aspectos polêmicos.* São Paulo: Malheiros, 1992.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle *Mandado de segurança.* São Paulo: Malheiros, 1996.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor *Ensayos sobre el derecho de amparo.* México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1993.
- FLAKS, Mílton *Mandado de segurança - pressupostos da impetração.* Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GARCÍA BELAUNDE, FERNÁNDEZ SEGADO, F., HERNÁNDEZ VALLE, R. *Los sistemas constitucionales iberoamericanos.* Madrid: Dykinson, 1992.
- GÉLARD, Patrice *Transformações do direito constitucional na sociedade contemporânea.* *Revista da Faculdade de Direito das Universidades Metropolitanas Unidas,* Série Internacional V, ano 10, jan./jun. 1996.
- GOLDSCHMIDT, James *Derecho procesal.* Trad. de Leonardo Castro Prieto. Madrid: Labor, 1936.
- LIEBMAN, Enrico Tullio *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro.* de Janeiro/São Paulo: Jurídica Universitária, 1969.
- LOEWENSTEIN, Karl *Teoría de la constitución.* 2. ed. Trad. espanhola por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

- MARQUES, José Frederico *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1987.
- MAXIMILIANO, Carlos Parecer. *Jornal do Commercio*, 28 de agosto de 1934.
- MAXIMILIANO, Carlos *Comentários à Constituição* (1946). 5. ed. Freitas Bastos, v. III, 1954.
- MEIRELLES, Hely Lopes *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 15. ed., atualização Arnoldo WALD. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MIRANDA, Jorge *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 1988.
- PIOVESAN, Flávia *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Max Limonad, 1996.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa *O processo legislativo*. 2. ed., atualizada por Uadi Lammêgo BULOS. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SANTOS, Ernane Fidelis dos *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1994.
- SCHLESINGER JR., Arthur *La era de Roosevelt - la política del cataclismo*. Trad. para o espanhol por José Meza Nieto. México: Uteha, 1968.
- SEABRA FAGUNDES *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- SILVA, Hélio *As constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Globo, 1985.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. II, 1990.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo *Mandado de segurança: uma visão de conjunto. Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- THEODORO JR, Humberto *Processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 182, ano 46, p. 29, jul./dez. 1993.
- VIERA, Luis Alberto *Ley de amparo*. 2. ed. Montevideo: Idea, 1993.