

CABIMENTO DA LIMINAR APÓS DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA

MICHEL TEMER

Professor de Direito Constitucional na Universidade Católica de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ilegalidade e abuso de poder 3. O mandado de segurança no direito brasileiro. 4. Direito líquido e certo – conceito. 5. A medida liminar. Seu cabimento após a denegação da segurança.

1. – Introdução

É impossível iniciar o trato de tema sem fazer colocações de natureza histórica altamente elucidativas para a compreensão desse instrumento constitucional assegurado dos direitos individuais.

Sabe-se, sem novidade alguma, que a história registra uma espécie de sociedade denominada Estado de Direito que surgiu em oposição ao que antes se conheceu como Estado Absoluto.

O titular do poder, no Estado Absoluto, ou seja, o soberano, enfeixava em suas mãos as três funções estatais: a atividade legislativa, produtora das normas gerais; a executiva, aplicadora do disposto da norma geral e a judicial, consistente na solução de controvérsias pela aplicação da norma geral. Estas três funções eram exercidas pelo soberano.

O soberano era irresponsável pelos seus atos em relação aos súditos; por isto mesmo, os atos por ele praticados não eram impugnáveis por aqueles aos quais se dirigiam. Tanto era assim que, em dado estágio histórico, a soberania, hoje reconhecidamente nota característica do Estado, residia na figura do soberano. Não tinham os indivíduos meio eficaz, instrumento capaz de conter eventuais abusos do soberano.

Quando a doutrina política constrói uma concepção destinada a repartir estas funções, a legislativa, a executiva e a judiciária entregando a

órgãos distintos e independentes uns dos outros, de molde a que um órgão pudesse conter a atividade de outro; surge a necessidade de dotar cada qual dos cidadãos de instrumentos capazes de paralisar a atividade do Estado quando vulnerasse direitos próprios da pessoa humana. Procurando-se a tripartição do poder público, buscando-se a entrega destas funções a órgãos independentes uns dos outros, subjacente a essa idéia estava a de proteção dos direitos do indivíduo. É certo, entretanto, que em muitos sistemas o monarca continuou a exercer uma dessas funções. A ele remanesceu, no mais das vezes, aquela de natureza executiva, a atividade de natureza administrativa. A intenção foi impedir que o monarca, com o seu agir, vulnerasse direitos individuais. Prevaleceria a "vontade geral", expressa na lei. Transplanta-se, nesse momento, da pessoa física, o soberano, para a pessoa jurídica, o Estado, a característica estatal "soberania". Os indivíduos passaram, então, a postular um instrumento contra a atividade do monarca, que exercia, muitas vezes, a administração, como também postularam e obtiveram remédio capaz de assegurar os seus direitos contra o próprio Estado, ou seja, contra todas as autoridades exercentes das demais funções, contra todos os "governantes", seja o que tinha sede no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário.

Todos os atos do Estado que importassem violação de direitos individuais, catalogados em vários movimentos revolucionários vitoriosos, haveriam de ter o correspondente instrumento assegurador. Nasce, em razão da divisão dessas funções e entrega delas a órgãos distintos, o ato de natureza administrativa, ato que passava a ser impulsionado, que passava a ser produzido nos termos da lei. Quando se passa ao Estado de Direito, é a lei, e não mais a vontade do soberano, é a vontade geral – no dizer de Rousseau – que impulsiona, que movimenta o administrador.

Este ato, assim surgido, passa a encontrar parâmetros na própria lei. A atividade administrativa nela encontrava a sua nascente e o seu escoar. Só nos seus limites é que o administrador poderia movimentar-se. O legislador, ao editá-la, vincula direta e imediatamente a atividade do administrador fazendo com que o ato a ser por ele expedido já esteja pré-definido na lei, ou, então, fixam-se opções de tal sorte que o administrador, entre vários caminhos, pode escolher um deles.

Na primeira hipótese, em face dessa vinculação rígida, da existência de uma linguagem direta do legislador para o administrador, temos o **ato vinculado**. No caso em que há uma flexibilidade maior na atividade do administrador – por vontade da lei e não por vontade do administrador – temos o chamado ato discricionário. Ambos, entretanto, estão ligados à lei. Varia a forma de ligação. O ato discricionário, assim, haverá de ser conforme a lei. Diferentemente do vinculado – em que o administrador não tem escolha – aqui faculta-se-lhe opção, escolha de modos de agir. Sempre, porém, por autorização legal.

2. – Ilegalidade e Abuso de Poder

A Constituição Federal, no art. 153, § 21, assim como a lei regulamentar de n.1.533/51, falam em **ilegalidade** e **abuso de poder**. O mandado de segurança é conferido aos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou praticados com **abuso de poder**. Portanto, tanto os atos vinculados quanto os atos discricionários são atacáveis por mandado de segurança porque a Constituição Federal e a lei ordinária ao aludirem a **ilegalidade** estão se reportando ao **ato vinculado** e ao se referirem a **abuso de poder** estão se reportando ao ato discricionário.

Não se trata do exame do mérito do ato discricionário. Este é da competência exclusiva do administrador. Trata-se de verificar se ocorreram os **pressupostos** autorizadores da edição do ato discricionário. É lícito ao Judiciário penetrar nessa questão. Assim não fosse, nem a Constituição, nem a lei ordinária, fariam em **ilegalidade** e **abuso de poder**.

O abuso de poder se verifica, exata e precisamente, na edição do ato discricionário e não na expedição do ato vinculado. No ato vinculado a ilegalidade é direta e imediata. Na edição do ato discricionário a ilegalidade é indireta e mediata. Conclui-se que o mandado de segurança pode dirigir-se tanto contra o ato vinculado quanto contra o ato discricionário, este em face do abuso de poder.

3. – O Mandado de Segurança no Direito Brasileiro

O mandado de segurança foi introduzido no direito brasileiro na Constituição de 1934 e não há similar no direito estrangeiro. Bem é de ver,

entretanto, que a preocupação dos povos, especialmente a partir das Revoluções Americana de 1776 e Francesa de 1789, foi a de conter os poderes do Estado. Na Constituição Imperial de 1824, verificamos a influência das teorias que ensejaram a tripartição do poder público, mas também, a influência absolutista, pois aquela Constituição incluiu um quarto poder, o Moderador.

Segundo o art. 82 da Constituição do Império, este era a “chave do Império” e, capaz – acrescentava o dispositivo – de velar pela independência e harmonia dos demais poderes.

É evidente que na medida em que o Imperador velava pela harmonia dos demais poderes, desarmonizava, retirava a sua recíproca independência. E por isto mesmo, embora a Constituição de 1824 abrigue capítulo relativo aos direitos individuais, especificador deles por influência da declaração dos direitos do homem, da Revolução Francesa, o certo é que não há instrumentos eficazes na própria Constituição capazes de conter a atividade do Estado em face, como mencionado, desse sentido absolutista que à Constituição imprimia o Poder Moderador.

Sentiu-se, por isso, necessidade de criar mecanismos, em nível infraconstitucional, capazes de garantir os direitos individuais. A Constituição não previa o habeas-corpus e nem mesmo o mandado de segurança. Leis ordinárias é que introduzem o primeiro deles em nosso sistema, o qual alcança nível constitucional em 1891 (1). O seu conteúdo, porém, não é aquele próprio de sua origem, que se destinava, simplesmente, a permitir o direito de locomoção. A Constituição de 1891 não o circunscreve apenas ao pressuposto de ir e vir ou de ficar. Alude a ilegalidade ou abuso de poder. Qualquer direito violado em função de ilegalidade ou abuso de poder seria por ele amparado.

E, sendo assim, o habeas-corpus, em 1891, fazia as suas vezes e as do mandado de segurança tal como posto pelo constituinte de 1934, protegendo todo direito que restasse vulnerado. Ocorreu, entretanto, que a

(1) – A compreensão de seu nome já dá os contornos básicos do instituto. “Habeas-corpus” significa “tome o corpo”, isto é, submeta-se o paciente à vista do juiz para que verifique a coação e o liberte, se for o caso (VICENTE GRECO FILHO), “Os direitos individuais e o processo judicial”, ed. Atlas, pág. 40).

reforma constitucional de 1926 fez com que o habeas-corpus voltasse às suas fronteiras clássicas quando uma emenda substitutiva modifica o preceito constitucional para restringir o seu alcance ao direito de locomoção, razão pela qual os demais direitos, a partir de 1926, restaram sem defesa. Qualquer outra violação de direito, restava indefesa por medida pronta, eficaz. Daí as discussões, principalmente no STF, sobre a necessidade de se proteger os demais direitos, admitindo-se, então, a ação possessória para a proteção de direitos.

Cuida-se da posse dos direitos pessoais e a jurisprudência constrói uma espécie protetiva que ia buscar amparo nas ações possessórias. Asseguravam-se, por meio de ações possessórias, os direitos pessoais e essa construção jurisprudencial, que medeou de 1926 a 1934, repercute na constituinte desse ano que traz o mandado de segurança como instrumento assegurador dos demais direitos não amparáveis pelo habeas-corpus.

O preceito constitucional é regulamentado pela Lei nº 191. Em 1937 sobrevém nova Constituição que elimina o mandado de segurança.

Mais uma vez foi decisivo o papel dos Tribunais. A jurisprudência insiste em amparar os demais direitos individuais não garantidos pelo habeas-corpus sustentando que, apesar da não inserção daquela medida na Constituição de 1937, continuava em vigor a lei ordinária de número 191, que garantia a sua existência. Assim, os Tribunais acolhiam o mandado de segurança contra atos ilegais violadores de direito individual.

Na Constituição de 1946 o mandado de segurança é previsto expressamente sempre para garantir direito líquido e certo e, nesses termos, subsistiu à Constituição de 1967 e está encartado no art. 153, § 21, da Constituição de 1969.

Breve histórico, portanto, da introdução do mandado de segurança no nosso sistema, salientando, como idéia norteadora do nosso pensamento, que a preocupação do Estado sempre foi a de conferir ao cidadão instrumentos capazes de impedir qualquer ilegalidade ou abuso de poder do Estado.

4. – Direito líquido e certo – conceito.

Surge, em face do dispositivo constitucional, a necessidade de se delimitar o que se entende por direito líquido e certo.

ARRUDA ALVIM (2) salienta que “a primeira palavra lúcida a respeito foi dita pelo Min. Costa Manso, para quem a essência do conceito, o aspecto mais importante, diz respeito ao fato. Sua frase era esta: “O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável”. Sucessivamente, a partir dessa idéia, o Desembargador Luiz Andrade bem observou, já agora não com relação ao fato, mas ao direito, que a controvérsia não exclui juridicamente a certeza; vale dizer, sendo certo o fato, mesmo que o direito seja altamente controvertido, isso não exclui, mas justifica o cabimento do mandado de segurança. Numa palavra: a controvérsia e a certeza jurídica, esta a ser conseguida a final, na sentença, não são idéias antinômicas, não são idéias que inelutavelmente brigam entre si. Portanto, o direito é certo desde que o fato seja certo; incerta será a interpretação, mas esta se tornará certa, mediante a sentença, quando o juiz fizer a aplicação da lei ao caso concreto controvertido”.

Cuida-se, apenas, de um problema de interpretação. É evidente que em dado momento as partes controverterão sobre os fatos postos à apreciação judicial. O impetrante sustentará que àqueles fatos, cabalmente demonstrados, resulta a aplicação de um dado direito, cuja interpretação fornece. A autoridade informante, por seu turno, dirá que, nessa hipótese, não se aplica tal direito e, portanto, não é ele líquido e certo.

Quando se fala, pois, em direito líquido e certo quer-se significar que num primeiro momento o fato pode ser controvertido; depois, tornar-se-á certo pela adequada interpretação do direito. Por isso, não há instrução probatória no mandado de segurança. Impetrante e informante não de produzir, documentalmente, todo o alicerce para sustentação das suas alegações (3). O fato, portanto, há de tornar-se incontroverso pela interpretação do direito dada por meio da decisão judicial.

(2) – Notas taquigráficas de aula proferida em curso promovido pela Justiça Federal.

(3) – Este tem sido o entendimento da maioria dos nossos Tribunais como podemos constatar, entre outros pelos seguintes acórdãos:

5. – A Medida Liminar – Seu Cabimento Após a Denegação da Segurança

Tratando-se de mandado de segurança, garantia constitucional insculpida no capítulo dos direitos e garantias individuais, não se pode interpretar o sistema normativo sem assegurar aquilo que o constituinte pretendeu e que o legislador ordinário especificou (lei 1.533, art. 7º, II): paralisar a prática do ato lesivo até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário. Não tem suporte jurídico a interpretação que restrinja essa paralisação do ato apenas à instância em que a ordem foi postulada. Essa exegese leva, como no caso presente, à ineficácia da medida se as instâncias superiores vierem a concedê-la. Bem por isso HELY LOPES MEIRELLES, antes da lei 6.014, de 27.02.73, que concede apelação das sentenças proferidas em mandado de segurança, alvitava a possibilidade de o Juiz manter a liminar, mesmo negando a segurança (4). Agora, nas últimas edições de sua obra “Mandado de Segurança e Ação Popular”, em face da aludida modificação no tocante ao recurso, ensina que o Presidente do Tribunal que dele pode conhecer e o Relator, subsequentemente, decidirão, se denegada a segurança, o pedido de liminar, “in verbis”:

“Agora, com a substituição do agravo de petição pela apelação em mandado de segurança, o juiz inferior já não pode modificar a sentença e alterar a situação do julgado após a decisão de mérito o que gera dificuldades para a preservação do direito a ser protegido pelo “mandamus”. Diante dessa nova situação processual entendemos que cabe ao Presidente do

“A impetração do Mandado de Segurança deve fundamentar-se em direito líquido e certo, provado documental-mente ou reconhecido pelo coator nunca em simples conjecturas ou em alegações, que dependam de outras provas, incompatíveis com o processo expedito da lei nº 1533/51” (Recurso Extraordinário nº 75.234 – RTJ – novembro – 1974 – pág. 437).

“Descabe o Mandado de Segurança quando o direito que se pretende proteger não é líquido e certo, por depender de prova a ser colhida e apreciada no Juízo impetrado...” (M.S. n. 403 – 1976 – 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro).

(4) – HELY LOPES MEIRELLES, antes da vigência do C.P.C. de 1974, sustentava que o Juiz, ao denegar a segurança poderia adotar as seguintes medidas:

- a) – denegava a segurança e cassava a liminar;
- b) – denegava a segurança e mantinha expressamente a liminar;
- c) – denegava a segurança e silenciava quanto à liminar, o que importava a sua manutenção. (“Mandado de Segurança e Ação Popular”, Rev. dos Tribunais, 4a. ed., pág. 43).

Tribunal, e subseqüentemente ao Relator da apelação, prover sobre a liminar que se fizer necessária ou inconveniente, após a prolação da sentença e oferecimento da apelação. Se o legislador do processo foi omissivo ou imprevidente, nem por isso a garantia constitucional da segurança e a medida cautelar da liminar hão de ficar prejudicadas, em detrimento do direito individual, pela inépcia do redator das normas procedimentais aplicáveis ao mandado" ("Mandado de Segurança e Ação Popular", 4a. ed., fl. 45).

Prevê o ilustre administrativista a possibilidade de se pleitear à Egrégia Presidência do Tribunal ou ao Relator, conforme tenha, ou não, subido a apelação.

É bom registrar que, mesmo antes da modificação recursal introduzida pelo Código de Processo Civil – quando se previa o agravo de petição como recurso competente das decisões proferidas em mandado de segurança – a concessão da liminar pelo Tribunal "ad-quem", tal como exposto, já era possível. Bastaria a concorrência dos dois pressupostos: relevância dos fundamentos do pedido e inocuidade da medida se, a final, concedida. Este era e continua a ser o caminho adequado. Não podia o Juízo de primeiro grau, no regime processual anterior, **denegar a segurança** e, ao mesmo tempo, **manter a liminar** (5). É que a sua denegação importava a falta de um dos fundamentos legais autorizadores de sua concessão: a relevância dos fundamentos ao pedido. Se o Juiz denegava a segurança estava a revelar a irrelevância dos fundamentos que alicerçaram o pedido. Não possuía o Juiz, destarte, base legal para manter a medida que inicialmente concedera (6). A doutrina que sustentou esse ponto de vista baseava-se na tese de que por ser o recurso cabível aquele denominado agravo de petição, o Juiz tinha, ainda, jurisdição sobre o processo mesmo

(5) – Este entendimento é consagrado, inclusive, em Súmula do S.T.F. Súmula 405: "DENÊGADO O MANDADO DE SEGURANÇA PELA SENTENÇA, OU NO JULGAMENTO DO AGRAVO, DELA INTERPOSTO, FICA SEM EFEITO A LIMINAR CONCEDIDA, RETROAGINDO OS EFEITOS DA DECISÃO CONTRÁRIA".

(6) – "Concede-se a liminar no Mandado de Segurança quando seus fundamentos são razoáveis, isto em quando o pedido é viável à primeira vista e se o direito do impetrante, em razão de sua transitoriedade, corre o risco de perecer caso não seja acautelado.

A liminar é de direito estrito, só se justificando sua concessão nos casos em direito admitidos". (M.S. nº 242.143 – 1975 – Tribunal de Justiça de São Paulo).

depois de prolatada a sentença. Mas, no caso, a sua possibilidade de manifestação se cingia à manutenção, ou não, da própria decisão. Inadmissível era a concomitância de juízos contraditórios: um, mantendo a sentença denegatória (o que indicava a inexistência de bons fundamentos do pedido) e outro, mantendo a liminar (o que indicaria, por imposição legal, que eram bons aqueles fundamentos).

Ainda mais, em abono da tese. Se a apelação devolve ao conhecimento do Tribunal todas as questões debatidas no Juízo de primeiro grau (C.P.C., art. 515), há de devolver também a matéria atinente à liminar que é o **primeiro juízo de conhecimento** empreendido pelo juiz no processo. É de relevância inquestionável, pena de ineficácia da medida, como já foi demonstrado.

Ainda, a lei 1.533/51, art. 7º, II, ao referir-se a **juiz** indica o integrante do Poder Judiciário e não apenas o magistrado de primeiro grau de jurisdição. Não fosse assim e jamais um Desembargador ou Ministro poderia conceder liminar nos casos de competência originária dos tribunais superiores. A exegese literal desnatura, no caso, o instituto previsto no art. 153, § 21, sendo prestante apenas, e tão-somente, a interpretação de todo o sistema normativo para a boa inteligência daquela garantia constitucional.

Para ressaltar a viabilidade do que se sustenta basta atentar para a circunstância de que nos demais procedimentos, enquanto houver recurso, a execução da sentença, quando procedida, é provisória e demanda caução (C.P.C., art. 588). Tudo para impedir uma **lesão irreparável** ao direito do litigante a quem a sentença foi desfavorável.

Como admitir que no mandado de segurança a **lesão possa ser irreparável** simplesmente porque houve pronunciamento de um dos graus de jurisdição?

Poder-se-ia objetar com a inexistência de autorização legal para que a Presidência do Tribunal possa prover a respeito deste pedido. Somente seria cabível o pedido quando distribuído o feito a um relator.

Ela existe, contudo. Deriva da aplicação do princípio da igualdade das partes no processo, matéria amplamente exposta pelo Prof. Arruda Alvim, em aula proferida no II Curso de Especialização em Direito Constitucional promovido pela PUCSP (notas taquigráficas):

“De outra parte, este princípio da igualdade de todos perante a lei se projeta densamente no código de processo civil, como não poderia deixar de ser, dado que se trata de um princípio constitucional ao qual todo o ordenamento jurídico se encontra necessariamente vergado.

A este princípio, a este mesmo princípio se denomina no direito processual civil, de princípio de paridade de tratamento das partes, ou seja, os litigantes hão, no processo civil, de ser tratados igualmente. Não é possível, em nome e ancorado no próprio princípio constitucional, fazer discriminação tendo em vista o tratamento que há de ser deferido pelo ordenamento aos litigantes e, mais do que isto e especialmente, pela interpretação que o juiz venha a dar, ao ordenamento consubstanciado no código de processo civil.

O desenvolvimento no processo, exatamente sugando a seica deste princípio da igualdade de todos perante a lei, chega a um outro aspecto, que não é o do aspecto estritamente formal, mas se endereça para o aspecto substancial. Por este aspecto substancial, em realidade, os doutrinadores do processo, vislumbrando esta regra constitucional, formulam, digamos assim, uma sub-regra, que consiste em que se recomende ao legislador infra-constitucional do processo e ao juiz que aplique a lei, sempre quando possível, apesar das diferenças intrínsecas e das funções operacionais diversas do autor, e do réu, e que lhes dê, apesar destas diferenças, o quanto possível, um tratamento autenticamente igual”

Daf porque, embasados no mencionado princípio da igualdade, o impetrante pode invocar as leis n^{os} 1.533/51, art. 13 e 4.348/64, art. 4^o, as quais autorizam o Presidente do Tribunal, a quem competir o conhecimento do recurso, a suspender a execução da sentença concessiva de segurança

ou suspender a liminar, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada. Isto significa que tão logo seja proferida sentença, o Presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso passa a ter jurisdição sobre o processo, podendo decidir as questões que nele sejam postas.

Verifica-se, pois, que o Presidente do Tribunal tem **jurisdição** para prover sobre essa matéria, podendo conceder liminar desde que estejam presentes os dois requisitos estabelecidos na lei 1.533/51, art. 7^o, II, ainda que já tenha havido manifestação do juízo de 1^o grau denegando a segurança.

É como tal modo de proceder que o Judiciário dará ao mandado de segurança a posição que, efetivamente, lhe deu o legislador constituinte: a de medida paralisante da eficácia do ato administrativo, impedindo lesão irreparável a direito individual, até final pronunciamento daquele Poder.