

DIREITO LÍQUIDO E CERTO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Felipe Vilar de Albuquerque

Oficial de Gabinete / 9ª Vara - PE

SUMÁRIO: Introdução; Parte I: Antecedentes Históricos do mandado de segurança; Antecedentes “remotos” do instituto; 1.1. Os Interditos Romanos; 1.2. Ordenações Filipinas e Manuelinas; 2. Início da República: ausência de instrumentos de garantia genérica dos direitos individuais; 2.1. A teoria da posse dos direito pessoais; 2.2. A doutrina brasileira do habeas corpus; Parte II: As diversas concepções de direito líquido e certo; 1. Mandado de segurança e demais ações de conhecimento: “inversão fundamental”; 2. Concepções materialistas do direito líquido e certo; 2.1. Direito líquido e certo como direito evidente; 2.2. Concepção de Alfredo Buzaid; 2.3. Subsunção das teses materialistas às categorias da teoria do processo; 2.4. A coisa julgada no mandado de segurança de acordo com a concepção materialista; 3. Direito líquido e certo como uma noção tipicamente processual; 3.1. Subsunção da tese processualista às categorias da teoria do processo; 3.2. A coisa julgada no mandado de segurança de acordo com a concepção processualista de direito líquido e certo; 4. Concepções sui generis de direito líquido e certo; Parte III: O direito líquido e certo na jurisprudência do STF. A súmula 625 de 15 de outubro de 2003; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

O direito objetivo, vale dizer, o conjunto de normas e instituições que regem a vida em sociedade, é, sobretudo e essencialmente, resultado da vontade

de teleológica do homem, que atua na realidade, politicamente, para modificá-la, adaptando-a a seus valores ou interesses. O *dever ser*, é, assim, produto do que os homens aspiram para a sociedade em que vivem. É, em suma, uma tentativa de que as coisas sejam como *devem ser*; ou de que as pessoas se comportem como *deveriam*.

Nesse contexto, o poder, e, conseqüentemente, o Direito são instrumentos para realização dos fins perseguidos pelos homens, e, portanto, existentes desde as mais primitivas formas de organização social, *ex vi* do brocardo *ubi societas ibi jus*.

A necessidade de manter o poder sob controle e de, por assim dizer, jurisdicizar o seu exercício, submetendo-o à observância de regras preestabelecidas, acompanha a humanidade desde os mais longínquos tempos. Como acentua ALFREDO BUZAID¹:

“Já nos albores do século XIII, para conter os desregramentos de JOÃO SEM TERRA, reuniram-se os condes e barões e exigiram do Rei a *Magna Charta Libertatum*, outorgada a 19 de junho de 1215.”

A noção de Estado de Direito assenta-se, precisamente, nessa vertente fundamental: manter o poder sob controle. Nesse sentido, leciona TERESA ARRUDA ALVIM², fornecendo-nos um bom conceito de Estado de Direito: “O Estado de Direito, como se sabe, é a versão jurídica de uma sociedade política em que o poder deve ser contido.”

Longo e penoso, no entanto, tem sido o caminho percorrido pelos indivíduos na luta contra os excessos do Poder Público, vale dizer, na luta para que o poder seja exercido dentro dos parâmetros correspondentes aos anseios da coletividade. E, para tanto, não foi bastante a subordinação do Rei ao Parlamento, como pioneiramente impuseram a JOÃO SEM TERRA os Condes e Barões ingleses. É que também o Poder Parlamentar e a elaboração das leis devem encontrar limites previamente fixados. Dessa necessidade é que surge uma das vertentes fundamentais do Estado de Direito moderno: as declarações solenes de direitos tidos por fundamentais.

¹BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 7.

²ALVIM, Teresa Arruda. *Controle Jurisdicional dos atos do Estado*. V. 2 (Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial), 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 12-13.

Os direitos fundamentais, seja numa concepção jusnaturalista ou positivista do Estado de Direito, expressam os princípios mais elementares em que se assenta a unidade política de um povo, e são tidos como o núcleo material intangível do direito positivo, insuscetíveis de supressão ou afronta pelo Poderes constituídos. Sob a concepção filosófica do Iluminismo, correspondem a direitos absolutos de que o homem é titular, “(...) oriundos da natureza, anteriores e superiores ao Estado. A lei não os criou; limitou-se a reconhecê-los.”³

Mas, como bem acentua CARLOS MÁRIO VELLOSO⁴, em palestra proferida em evento comemorativo dos cinquenta anos do mandado de segurança:

“Cedo, todavia, perceberam os povos que não bastam declarações de direito. É necessária a existência de mecanismos que tornem efetivos tais direitos, assim fazendo real a limitação do poder. Surge, então, a idéia das garantias do direito individual, que consubstanciariam os remédios jurídicos contra a violação de direitos.”

No mesmo sentido, precisa a lição de ALFREDO BUZAID⁵:

“O ideal de definir os direitos do homem foi inegavelmente uma das mais importantes conquistas do século XVII, mas a declaração estava banhada de um certo romantismo político, de efeitos mais ilusórios que reais; força era provê-los de meios aptos a alcançar a sua plena efetivação perante um dos poderes do Estado, não sujeito aos demais. A declaração de direitos desprovida de garantias teria apenas a virtude de um manifesto político com promessas sedutoras, dificilmente cumpridas pelos detentores do poder; seria ao mesmo tempo uma fonte de alegria e desengano. A sua força estaria no esplendor de ideais profundamente humanos que difundiria; mas a sua fraqueza, na ausência de um instrumento idóneo para a sua realização.”

³ BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 5.

⁴ VELLOSO, Carlos Mário. Direito Líquido e Certo. Decadência. In: FERRAZ, Sérgio. *Cinquenta Anos de Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 51.

⁵ BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 17.

A separação dos poderes, harmônicos e independentes entre si, e a reserva a um deles – o Judiciário – da atribuição de, soberana e definitivamente, dizer o direito no caso concreto, não seria, por si, suficiente para a efetiva tutela dos direitos individuais em face do Poder Público se, por outra parte, a própria Constituição não previsse mecanismos idôneos à tutela dos direitos individuais.

Com efeito, de nada vale que o Poder Judiciário seja independente para dizer o direito, se o ordenamento jurídico positivo não estabelece instrumentos idôneos para a efetiva realização do direito declarado; é dizer: há de haver, para cada espécie de ofensa, um remédio processual adequado, de modo que a reação do Estado-Juiz, ao ser provocado, atenda aos anseios dos jurisdicionados, coibindo a ofensa perpetrada.

Por outro lado, de muito não valeriam tais mecanismos processuais, no que se refere ao desiderato de coibir os abusos do Poder Público em face dos particulares, se não se lhes conferisse hierarquia constitucional e, mais ainda, a intangibilidade das “cláusulas pétreas”. É que, do contrário, ficaria ao alvedrio do legislador – que é também Poder Constituído e, como tal, precisa estar sob controle – a supressão de tais garantias, conforme determinassem as conveniências políticas ocasionais.

Nesse contexto, surge o dualismo direitos e garantias fundamentais, ambos elevados, em nosso sistema jurídico, à eminência constitucional. Assim, o fim e o meio, o objeto e o instrumento, encontram-se juntos, protegidos com a mesma intensidade, como não poderia deixar de ser.

Nessa ordem de idéias é que sobressai o mandado de segurança como garantia constitucional, instrumento talhado para a proteção genérica dos direitos dos cidadãos, individuais e coletivos, contra os atos do Poder Público eivados de ilegalidade e abuso de poder.

Poucos institutos jurídicos despertaram, e continuam a despertar, o interesse científico de nossos doutrinadores com tão profundo vigor e entusiasmo como o Mandado de Segurança. Com efeito, ação⁶ constitucional de natureza e rito especialíssimos, o mandado de segurança, presente em nosso ordenamento jurídico positivo desde 1934, quando ganhou previsão no texto constitucional então promulgado, nunca deixou de ser objeto de calorosas discussões doutri-

⁶Acerca da questão de se tratar, ou não, o mandado de segurança de uma ação, assim já se manifestou o STF: “Mandado de segurança é **ação civil**, ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, praticado em processo penal. Aplica-se, em consequência, ao recurso extraordinário interposto da decisão que o julga o prazo estabelecido no Código de Processo Civil” (RTJ 83/255).(grifos apostos).

nárias e jurisprudenciais, sempre ocupando lugar de destaque no foco das atenções da comunidade científica.

Tamanho interesse certamente se justifica, ao menos em parte, pelo grau de eficácia e celeridade do instituto, que se afigura, sem sombra de dúvida, como o mais aperfeiçoado instrumento que o nosso sistema disponibiliza para a proteção genérica dos direitos individuais e coletivos em face do Poder Público. No plano do direito comparado, igualmente, é tido como “instrumento dos mais eficazes e notáveis do mundo em matéria de proteção genérica dos direitos individuais e coletivos”⁷. Nesse sentido, destaca ADHEMAR FERREIRA MACIEL :

“O instituto do mandado de segurança (...) 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 imodéstia, que o mandado de segurança é digno de ser copiado ou adaptado por outros povos⁸.”

Tais assertivas não decorrem apenas de uma análise teórica do instituto - de seus pressupostos e do procedimento preconizado pela lei - mas, sobretudo, dos resultados vivenciados na prática forense, em que se vislumbra o pródigo manejo das ações de segurança, ajuizadas às milhares, todos os dias. A medida, portanto, além de fortemente arraigada na consciência jurídica pátria, tem a sua prática amplamente difundida e, por assim dizer, vulgarizada.

O entusiasmo verificado entre aqueles que se dedicam ao estudo científico da Ação de Segurança é também sentido entre os operadores do Direito, no desempenho corriqueiro de seus misteres forenses e, inclusive, entre os próprios jurisdicionados. Com efeito, a medida é sempre lembrada e sugerida com facilidade até mesmo por aqueles sem qualquer iniciação às letras jurídicas, logo que lhe seja narrado um virtual conflito de interesses com o Poder Público. A medida é sempre cogitada como uma espécie de “panacéia” para todos os males, antídoto infalível aplicável a qualquer mazela, de fácil manejo e de pronta solução.

⁷ MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo. In: *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1998, p. 16.

⁸ MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo. In: *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1998, pp. 16/17.

Esse otimismo em relação ao mandado de segurança, se é justificável em face dos atributos de celeridade e simplicidade que esta ação especial possui, não deve contagiar os operadores do Direito, sobretudo os advogados, de quem se deve esperar uma atitude estritamente técnica, no que pertine à escolha da via adequada para a postulação do direito de seu cliente. Nesse sentido, faz-se mister que o profissional do Direito esteja atento às nuances processuais que envolvem o ajuizamento de um mandado de segurança, eis que tal medida, dada a sua índole especialíssima, além de exigir, como qualquer ação, a concorrência de pressupostos processuais (de existência e de validade) e condições da ação de cunho genérico, não prescinde, para que possa ter a lide que veicula decidida ou rejeitada, da configuração de certos requisitos específicos, encontrados no dispositivo constitucional que disciplina o mandado de segurança e lhe confere contornos próprios, o art. 5º, LXIX, da Magna Carta de 1988.

Dentre tais requisitos constitucionais específicos, figura a exigência de que o direito que se alega violado, ou na iminência de violação, por ato ou omissão eivado de ilegalidade ou abuso de poder, seja *líquido e certo*. É o que se infere do teor do art. 5º, LXIX, que preceitua, *in verbis*:

“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 de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

(...)”

Eis o cerne dos esforços a serem empreendidos no presente estudo: esclarecer o sentido e o alcance da expressão “*direito líquido e certo*”, bem como as conseqüências de índole processual e material que decorrem de tal fórmula utilizada pela Constituição Federal.

O que se infere de imediato do dispositivo constitucional em foco, e que esclarece a indubitável relevância do tema, é que a liquidez e certeza do direito invocado se apresentam como pressupostos (ou tão somente pressuposto) inarredáveis para a concessão da segurança. Ou seja, como adverte SÉRGIO FERAZ:

“(...) para que se obtenha o *mandamus*, não basta que o direito invocado exista: tem ele, ademais, de ser líquido e certo. Só por aí já se vê como é

importante saber do que se fala quando se utiliza a cláusula constitucional em tela.”⁹

A importância do tema é também ressaltada por Celso Agrícola Barbi, um dos mais destacados estudiosos do mandado de segurança. Em suas sempre precisas lições, esclarece que o conceito de *direito líquido e certo* se apresenta em relação ao mandado de segurança como “a pedra de toque, a chave da abóbada de todo o edifício”¹⁰.

Em que pese a relevância da questão em tela e os quase 70 anos da instituição do mandado de segurança em nosso ordenamento jurídico-positivo, a definição do sentido da expressão “direito líquido e certo” está longe de alcançar o consenso doutrinário e o seu tratamento pela jurisprudência e pelos operadores jurídicos não é uniforme. Na verdade, a mesma expressão costuma ser invocada para se referir a aspectos dos mais diversos, ora de ordem processual, ora pertinentes ao direito material invocado pelo impetrante.

Com efeito, o direito líquido e certo ora é tido como pressuposto de admissibilidade ou condição de ação específica do mandado de segurança, ora é considerado condição de julgamento favorável do próprio mérito, pertinente, portanto, à composição da relação jurídica material.

Também não é incomum que no cotidiano forense a expressão seja utilizada para se referir ao *fumus boni iuris*, pressuposto para o deferimento das medidas cautelares em geral e da liminar em mandado de segurança.

Para aqueles que enxergam o direito líquido e certo como condição de ação ou pressuposto de admissibilidade, divisam-se, ainda, de um lado, os que pretendem que tal pressuposto diga respeito exclusivamente à existência de prova pré-constituída dos fatos narrados na peça exordial e, de outro, aqueles que a esse requisito acrescem a exigência de que o direito invocado pelo impetrante tenha, em tese, alto grau de plausibilidade jurídica.

Diante de formulações tão antagônicas e considerando a importância basilar do pressuposto do direito líquido e certo na estrutura normativa do *writ of mandamus*, exsurge a incomensurável importância do tema proposto, que será detidamente analisado no decorrer do presente estudo.

⁹ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993. p. 18.

¹⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 55.

PARTE I ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO MANDADO DE SEGURANÇA

1. ANTECEDENTES “REMOTOS” DO INSTITUTO

O mandado de segurança, é, sem sombra de dúvida, uma criação genuinamente brasileira¹¹, produto de nossa história e fruto das necessidades e exigências de nosso povo. Criação esta que se deu de modo paulatino, a partir de penosa construção jurisprudencial empreendida pelos nossos Tribunais, estimulados pelo engenho criativo dos advogados, que, ressentindo-se da ausência de um instrumento eficaz e especificamente concebido para a tutela genérica dos direitos fundamentais do indivíduo perante o Poder Público, conceberam, sob a vigência da Constituição Republicana de 1891, a teoria da posse dos direitos pessoais e a doutrina brasileira do *habeas corpus*, verdadeiros embriões do mandado de segurança. Tais temas, porém, serão abordados com maior detença, no momento oportuno.

Em que pese se reconheça no mandado de segurança uma criação brasileira, a doutrina costuma apontar alguns antecedentes remotos, no direito alienígena, que teriam influenciado a criação do nosso instituto, ao menos enquanto fonte de inspiração. Em verdade, se não nos é possível verificar, com precisão, em que exata medida tais institutos foram determinantes para a concepção do mandado de segurança, é-nos viável, ao menos, visualizar, de modo objetivo, traços comuns entre o mandado de segurança e alguns instrumentos que o precederam cronologicamente, em outras sociedades e, conseqüentemente, em outros contextos. São os institutos que vamos denominar de antecedentes remotos do mandado de segurança.

1.1. OS INTERDITOS ROMANOS

Nesse sentido é que OTHON SIDOU¹² vê nos “interditos” do Direito Romano o embrião dos modernos meios de defesa do indivíduo contra atos da

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.273.

¹² SIDOU, Othon. *Do mandado de Segurança*, 2 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, pp. 21-22.

Administração Pública. O autor esclarece que os interditos valiam como sustação sumária do ato ou fato e, como exemplo, alude ao *homine libero exhibendo*, gérmen do instituto do *habeas corpus*. Como se observa, o autor, ao se referir à sustação sumária do ato ou fato impugnado está, em verdade, vislumbrando um traço comum essencial entre os interditos romanos e o mandado de segurança, qual seja, a possibilidade de um provimento *initio litis* com o condão de obrigar o Poder Público à prática ou à abstenção de uma determinada conduta. Trata-se, em suma, de providência em certa providência similar àquela que hoje se obtém por meio da medida liminar em mandado de segurança, cujo deferimento é autorizado, nos termos do art. 7º, II, da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, “(...) quando for relevante o fundamento e do ato puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”.

ALFREDO BUZAID¹³ também se refere aos interditos romanos como antecedentes históricos do mandado de segurança, porém o elemento em comum posto em destaque pelo autor é outro: a acentuada preocupação dos romanos com liberdade individual e o repúdio ao excesso de poder. Nesse sentido, leciona:

“Já no direito romano houve a preocupação de proteger a liberdade como um dos mais elevados bens do homem. O liv. 43, tít. 29, do Digesto (*De homine libero exhibendo*) compendia várias regras, pelas quais o pretor concedia o interdito para amparar a liberdade: Dig. 43, 29.1, §1: *Hoc interdictum proponitur tuenduae libertati causa, videict, ne homines liberi retineantur a quoquam*.

Debalde se hão de procurar quaisquer cartas constitucionais em direito romano. Havia, como acentuou BIONDI, um alto senso de civilidade, humanidade e decoro que impunha a abstenção de excessos e abusos. Contudo, não faltaram leis e princípios que poderiam considerar-se como os albos do reconhecimento jurídico da personalidade do homem.”

1.2. ORDENAÇÕES FILIPINAS E MANUELINAS

ALFREDO BUZAID cita, ainda como antecedente remoto do mandado de segurança, as chamadas *seguranças reais*, invocando as ordenações Manu-

¹³ BUZAID, Alfredo, *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 18.

elinas (liv. V, tit. 50) e as Filipinas (liv. V, tit. 128). Segundo BUZAID, “Esta forma de segurança, dada por ordem dos juizes em nome do rei, consistia em prevenir ou evitar uma ameaça aos direitos de alguém a pedido do ameaçado.”¹⁴ Em seguida, o autor transcreve o título das Ordenações relativo às *Seguranças Reais*, que vale ser trazido à colação:

“Vejam os que reza o título citado das Ordenações: ‘... se a Justiça da terra, a quem for pedida, for informada que a pessoa que pede esta segurança tem **razão justa de se temer**, mandará vir perante si aquele de que pede segurança ou irá a ele ou mandará lá o Alcaide, segundo a qualidade da pessoa for, e requerer-lhe-á da nossa parte eu segure aquele que dele pede segurança; e se o segurar, mandar-lhe-á disso um instrumento público ou carta testemunhável, segundo for o julgador’. A ordenação prevê, a seguir, a hipótese de o ameaçador se recusar a dar a segurança pedida. Em tal caso, determina a lei, ‘o julgador o segurar (o ameaçado) de nossa parte, de dito e feito e conselho, e além disso castigará o que por seu *mandado* não quiser dar a dita segurança pelo desprezo que lhe assim fez e a pena será segundo a qualidade da pessoa e a razão que tiver e disser porque não fez seu mandado’. **Portanto, se o ameaçador não queria prometer ao juiz que não faria mal ao ameaçado, então era o juiz que dava a segurança.**”
(grifos apostos).¹⁵

Evidentes os pontos de semelhança entre as *seguranças reais* vigentes aos tempos do Brasil Colônia e o mandado de segurança, a começar pela própria denominação. Nesse sentido, MILTON FLAKS¹⁶ alude à possibilidade de que JOÃO MANGABEIRA, ao batizar o instituto do mandado de segurança, tenha-se inspirado nos preceitos das Ordenações “que facultavam ao particular, que temesse ofensa a si ou à posse que exercia sobre seus bens que pedisse ao juiz ‘segurança’.”

Além da denominação, semelhante também o caráter mandamental da medida, eis que o provimento emanado da autoridade julgadora consistia numa

¹⁴ BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 26.

¹⁵ BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 26.

¹⁶ FLAKS, Milton. *Mandado de Segurança – pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 109.

ordem de que o ameaçador se comportasse de um determinado modo, sob pena de imposição de castigo cuja gravidade variaria de acordo com a “qualidade da pessoa”. Era, sem dúvida, uma espécie pioneira de execução específica ou “*in natura*” com um elemento de tutela inibitória, em pleno período colonial.

Por outro lado, a expressão “razão justa de se temer”, por nós destacada no texto transcrito, parece fundir, em uma só expressão, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, necessários ao deferimento das liminares em mandado de segurança.

As semelhanças, no entanto, terminam por aí. Primeiramente pela razão elementar de que no Brasil Colônia não se vivenciava um estado de coisas que fosse, ao menos de longe, parecido com aquele experimentado em um Estado de Direito. Também porque a medida em análise se destinava à repressão de abusos cometidos por particulares contra particulares, em litígios privados, não se tratando, à evidência, de um instrumento de garantia de direitos individuais perante a ilegalidade e o abuso de poder por parte da Administração Pública.

Como se verá adiante, em que pesem as semelhanças verificadas naqueles institutos que convencionamos chamar de “antecedentes remotos do mandado de segurança”, é só a partir da proclamação da República e da progressiva e penosa transformação do Estado Brasileiro em um Estado de Direito que se começam a delinear os pressupostos contextuais para o surgimento do mandado de segurança, como criação autêntica de nosso povo, fruto da necessidade de se conferir efetividade aos direitos individuais mais elementares.

2. INÍCIO DA REPÚBLICA: AUSÊNCIA DE INSTRUMENTOS DE GARANTIA GENÉRICA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

Pode-se afirmar, com segurança, que é a partir da Constituição Republicana de 1891 que se começa a esboçar, nos idos anos da dita “República Velha”, um Estado de Direito no Brasil, abrindo-se o caminho institucional para a criação do mandado de segurança.

Durante o período imperial, por influência do constitucionalismo francês, veio a ser criado no Brasil o Conselho de Estado, em 22 de novembro de 1823, com funções políticas, administrativas e de contencioso administrativo¹⁷. Com a

¹⁷ Celso Agrícola Barbi nos adverte, contudo, de que “uma certa tendência de notáveis juristas da época para a unidade de jurisdição aliada à imperfeição dos textos legais fixadores da competência desse Conselho, levaram a concluir que a solução de litígios entre particulares e a Administração pelo Conselho de Estado era excepcional, cabendo a predominância nessa função ao Poder Judiciário. (BARBI, Celso Agrícola. *A Proteção do Cidadão contra Atos Ilegais da Administração Pública no Brasil*. In: Revista de Processo, a. 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1982, p. 20).

Proclamação da República em 1889, foi extinto o Conselho de Estado e abandonado, em definitivo, o sistema de jurisdição dual, passando o cidadão a dispor do Poder Judiciário para ver seus direitos lesados pela Administração Pública reparados. Com isso, compatibilizava-se o nosso sistema com o *judicial control* norte-americano.

Contudo, o ordenamento jurídico positivo brasileiro não havia ainda munido o Poder Judiciário de formas processuais adequadas à proteção da generalidade dos direitos individuais em face do Poder Público. A grande dificuldade enfrentada, segundo CELSO AGRÍCOLA BARBI¹⁸ residia na total ausência de mecanismos processuais aptos a atender aos casos em que o direito violado não pudesse ser substituído, de modo satisfatório, pela reparação pecuniária do dano. Em outras palavras, carecia nosso ordenamento de meios processuais aptos a obrigar a Administração a se comportar de um determinado modo, prestando a obrigação *in natura*, vale dizer, inexistiam meios de se obter, contra o Poder Público, a execução específica do julgado.

Em verdade, durante longa tradição, o nosso sistema processual, como um todo, e não apenas no que se refere às ações contra o Poder Público, padeceu de uma certa resignação com a solução dos litígios através da composição por perdas e danos. Como ensina o mestre CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁹:

“O dogma da *intangibilidade da vontade humana*, zelosamente guardado nas tradições pandectistas francesas, fazia o mundo aceitar que ‘toute obligation de faire, ou de ne pas faire, se resout em dommages et intérêt, em cas d’inexecution de la part du débiteur’ (art. 1.1442 do Código Civil Francês).”

Tal forma de composição de litígios é insatisfatória por frustrar a expectativa do credor em torno da situação final que realmente pretendia e lhe era lícito obter. Assim, é “portadora de somente uma *meia justiça*, ou seja, de uma injustiça.”²⁰

¹⁸ BARBI, Celso Agrícola. *A Proteção do Cidadão contra Atos Ilegais da Administração Pública no Brasil*. In: Revista de Processo, a. 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1982, p. 21.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. “*A reforma da reforma*”. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 220.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*. p. 221.

Esse quadro é ainda mais grave quando se trate de direitos do indivíduo violados pelo Poder Público, hipóteses em que, raramente, o direito lesado pode ser satisfatoriamente compensado em pecúnia, como seria o caso, *exempli gratia*, da suspensão ilegal de um servidor do exercício do cargo público de que é titular: além da insatisfatoriedade da composição meramente patrimonial, a demora no desenrolar da contenda, à falta de um provimento liminar que assegurasse a reintegração do servidor ao seu cargo, redundaria em situação de absoluta ineficácia do provimento final.

Eis, pois, o panorama com que se deparavam os operadores jurídicos, sobretudo os advogados, no início da República: havia direitos fundamentais declarados em nível constitucional e unidade de jurisdição a cargo do Poder Judiciário (em tese, independente dos demais Poderes); carecia este, no entanto, de instrumentos adequados ao desempenho de seu mister no tocante à tutela dos direitos dos cidadãos perante o Poder Público.

Com efeito, o único instrumento de garantia contra o Poder Público previsto pela Constituição Republicana de 1891 era o *habeas corpus*, concebido tradicionalmente para tutelar, exclusivamente, o direito de locomoção. Ressentia-se, pois, o nosso ordenamento de uma garantia constitucional, com a mesma índole ágil e simplificada do *habeas corpus*, para a tutela genérica dos demais direitos dos indivíduos em face do Poder Público.

2.1. A TEORIA DA POSSE DOS DIREITOS PESSOAIS

Diante de tais dificuldades, surgiu entre nós a teoria da tutela da posse dos direitos pessoais, com base na qual passaram os advogados a se utilizar, para a tutela eficaz dos direitos pessoais violados pela Administração, dos procedimentos possessórios, cujas principais características consistem, precisamente, na maior celeridade do rito, que possibilita provimento liminar *inaudita altera pars*, e na execução específica do julgado.

Como ensina ALFREDO BUZAID²¹, os romanos não conheceram a tutela da posse dos direitos pessoais, referindo-se a posse, naquele sistema, exclusivamente aos direitos reais. No direito comum, entretanto, sob a influência do Direito Canônico, foi a tutela da posse estendida a toda sorte de direitos subjetivos. No regime do Direito português, sob a vigência das Ordenações

²¹BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 26.

Filipinas, foi consagrada a tutela possessória “à manutenção de todas e quaisquer coisas incorpóreas, especificando-se as prerrogativas, as precedências, as honras, os direitos de apresentação a benefícios e outras dignidades e funções.”²².

Talvez o mais destacado jurista da Velha República, RUI BARBOSA era um dos mais ardorosos defensores da tese da tutela possessória dos direitos pessoais. BUZAID²³ nos dá conta de famoso caso em que fora advogado RUI BARBOSA e em que postulava, em favor de seus clientes, em 23 de julho de 1896, ao Juízo do Distrito Federal, a manutenção de posse no exercício de cargos públicos, de que ilegalmente os havia suspenso por três meses, sem vencimentos, a autoridade coatora. Sustentava RUI BARBOSA, em suma, que a suspensão ilegal em questão teria importado turbação na posse do direito e que seu remédio estaria nos interditos possessórios, “instrumentos judiciais de tutela do direito que, sem mudar de natureza, se vão adaptando, com a evolução jurídica, às novas aplicações da posse, às necessidades ulteriores de sua proteção.”²⁴.

A tese em análise teve, durante algum tempo, boa aceitação e largo uso, notadamente quando, como registra CARLOS MÁRIO VELLOSO²⁵, o Poder Legislativo ampliou à defesa de contribuintes pela cobrança ilegal de tributos o raio de ação dos interditos proibitórios e de manutenção de posse.

Em que pesem, no entanto, os esforços empreendidos pelos advogados da Velha República, a utilização dos interditos possessórios acabou por ser repelida pelos tribunais pátrios, que rechaçou a tese da posse de direitos pessoais.

2.2. A DOUTRINA BRASILEIRA DO *HABEAS CORPUS*

De acordo com a sua origem histórica e com as balizas assentadas na longa tradição anglo-americana, o *habeas corpus* se afigura como instrumento talhado especificamente para a tutela do direito de locomoção (*jus menendi, ambulandi, eundi ultro citroque*)²⁶.

²²BUZAID, Alfredo. *Idem.* pp. 26/27.

²³BUZAID, Alfredo. *Idem.* p. 27.

²⁴BUZAID, Alfredo. *Idem. Ibidem.*

²⁵VELLOSO, Carlos Mário. Direito Líquido e Certo. Decadência. In: FERRAZ, Sérgio. *Cinqüenta Anos de Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 52.

²⁶ BUZAID, Alfredo, *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 28.

Tal notável instituto, que, no Regime Imperial, não merecia qualquer menção na Constituição, foi incluído na Constituição Republicana de 1891, que, em seu art. 72, § 22, dispunha:

“Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, coação ou ilegalidade, ou abuso de poder.”

Ora, o que se observa é que, das palavras utilizadas pela Constituição de 1891, não se podia inferir, em que pese a tradicional vocação do instituto, que o *habeas corpus* estivesse reservado apenas à tutela do direito de locomoção. Eis a brecha de que precisavam os mais sagazes juristas da época para desenvolver o que se convencionou chamar “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, consoante a qual tal instrumento passaria a ser utilizado para a tutela genérica dos direitos individuais perante as ilegalidades perpetradas pelo Poder Público, tudo graças à redação utilizada pela Magna Carta de 1891.

E, com efeito, tiveram sucesso os defensores de tal tese, eis que o Supremo Tribunal passou a emprestar interpretação liberal ao comando do art. 72, §22, da Constituição Republicana, prosperando um conceito amplo de *habeas corpus*, cuja abrangência passaria a atingir casos envolvendo, por exemplo, o exercício de funções públicas ou de profissões.

Mais uma vez, destacava-se o gênio de RUI BARBOSA, que, inegavelmente, concorrera para a aceitação da tese. Em calorosos discursos proferidos no Senado, o mestre traçava as linhas de sua doutrina, argumentando que a Constituição de 1891, em nenhum momento, utilizara as expressões prisão ou constrangimentos corporais, mas, ao contrário, segundo RUI, “fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência.”²⁷. Assim, sempre que restassem configuradas a violência ou a coação, estar-se-ia diante da hipótese constitucional do *habeas corpus*, desde que a origem de tal coação ou violência fosse ilegítima ou, melhor dizendo, decorresse de ilegalidade ou abuso de poder. Havendo tais requisitos, qualquer que fosse o direito violado, ou ameaçado em seu exercício, seria passível de socorro por esta via heróica.

Por enfatizar o amplo espectro de atuação do *habeas corpus*, vale ser trazido à colação trecho de discurso de RUI BARBOSA perante o Senado Federal, citado por CARLOS MÁRIO VELLOSO:

²⁷BARBOSA, Rui *apud* VELLOSO, Carlos Mário. Direito Líquido e Certo. Decadência. In: FERRAZ, Sérgio. *Cinqüenta Anos de Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 53.

“Srs. Senadores (dizia Rui), que é que se chama coação? Que é que se denomina a violência? Coação, definirei eu, é a pressão empregada em condições de eficácia contra a liberdade no exercício de um direito, qualquer que este seja, desde que, no exercício de um direito meu, qualquer que ele fosse, intervém uma coação externa sob cuja pressão eu me sinto embaraçado, tolhido, para usar desse direito, na liberdade plena de seu exercício: estou debaixo daquilo que em direito se considera coação. E violência? Violência é o uso da força material ou moral. Debaixo de qualquer das duas formas, em graus eficiente para evitar, contrariar ou dominar o exercício do meu direito.”^{28,}

Em que pese tenha a tese liberalista se sagrado vencedora no Supremo Tribunal Federal, RUI BARBOSA encontrou na figura do então Ministro PEDRO LESSA um forte opositor, que não aceitava que fossem tão irrestritos os contornos do *habeas corpus*. Para PEDRO LESSA, embora fosse admissível a utilização do *habeas corpus* em defesa de direitos individuais outros, que não apenas o de locomoção, a tutela de tais direitos só seria possível, na via estreita desse *writ*, quando o seu exercício dependesse de que se assegurasse também a liberdade corpórea. É dizer: era preciso que a liberdade física fosse uma condição, um meio ou caminho para o exercício do outro direito individual postulado. Se não houvesse essa relação de meio e fim com o direito de liberdade, não seria caso de *habeas corpus*.

No entanto, foi em outro aspecto de sua teoria quanto à utilização do *habeas corpus* que PEDRO LESSA mais contribuiu para a ciência jurídica e, sobretudo, para a elaboração do mandado de segurança: a definição de determinados atributos (restritivos) que o próprio direito civil postulado, de cujo exercício a liberdade tinha de ser um meio, deveria apresentar para que fosse possível a sua tutela através do *habeas corpus*. O Ministro, ao se referir a tais atributos ou exigências, acentuava que o direito civil tutelado, de modo radicalmente excepcional pela via restrita do *habeas corpus*, haveria de ser líquido, certo e incontestável.

Eis a origem histórica da expressão que é centro das atenções deste trabalho e que veio se tornar pedra basilar na estrutura da ação de segurança, já que o requisito restritivo, antes concebido por PEDRO LESSA como indispen-

²⁸ VELLOSO, Carlos Mário. Direito Líquido e Certo. Decadência. In: FERRAZ, Sérgio. *Cinquenta Anos de Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 53

sável à concessão do *habeas corpus*, viria a se tornar requisito constitucional para a concessão do mandado de segurança.

CELSO AGRÍCOLA BARBI²⁹ ratifica essa origem jurisprudencial do instituto em tela:

“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.”

No mesmo sentido é a observação de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI³⁰:

“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.”

Imprescindível trazer à colação trecho do voto do Ministro Pedro Lessa proferido no *habeas corpus* 3.539, impetrado por Rui Barbosa no STF. Não só porque atesta a origem da expressão, mas também, além disso, porque já traz em si, nos termos retoricamente utilizados sem vigor técnico, o embrião da polêmica que, durante todo o século XX e até os dias atuais, haveria de se travar em torno do alcance das expressões “direito certo e incontestável” e “direito líquido e certo”. Vejam-se as palavras do Ministro:

“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, quando esta tem por fim próximo o exercício de um determinado direito. Não está o paciente preso, nem

²⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 55.

³⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. v. 3. Rio de Janeiro: Konfino, 1993. p.55)

detido, nem desterrado, nem ameaçado de qualquer desses constrangimentos à liberdade individual. Apenas lhe tolhem 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 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 juízo, 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*. ”³¹

Como se observa, o voto em questão já nos permite antever as discussões que se desenrolariam em torno do conceito de direito certo e incontestável ou líquido e certo, pois não é possível inferir do voto se o “direito incontestável” ou “a situação legal bem manifesta” são atributos referentes apenas à comprovação documental dos fatos em que se funda o pedido ou, ao contrário, se a “controvérsia” a ser dirimida em outro processo, pode dizer respeito a questões de direito.

Pois bem. A doutrina brasileira do *habeas corpus* havia estabelecido os contornos (controvertidos *ab initio*) para que os legisladores criassem o mandado de segurança como medida genérica de tutela de direitos individuais e, de fato, o mandado de segurança consiste em um desdobramento operativo e processual da figura do *habeas corpus*. No entanto, a criação do mandado de segurança só ganhou impulso definitivo com a Reforma Constitucional de 1926, que impôs nítidos limites restritivos ao manejo do *habeas corpus*, passando tal instituto a se destinar à tutela exclusiva da liberdade de locomoção, tal como em

³¹ Voto citado em MACIEL, Adhemar Ferreira. “Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo.” In: *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1998, p. 18.

sua feição tradicional. Com a reforma, o art 72, §22, da Constituição passou a ter a seguinte redação:

“dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar em eminente perigo de sofrer violência, **por meio de prisão, ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.**” (grifos apostos)

Diante dessa substancial alteração, restou configurado um verdadeiro “vazio institucional”³², o que apressou a criação do mandado de segurança. Logo em 1926, o deputado GUDESTEU PIRES apresentou o Projeto de Lei n. 148, que instituiu o mandado de segurança. O projeto, no entanto, não vingou, e a ação de segurança só veio a ter respaldo no direito positivo quando da elaboração da Constituição de 1934, por iniciativa de JOÃO MANGABEIRA e com a colaboração de THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, CARLOS MAXIMILIANO, entre outros.³³ A Assembléia Constituinte acolhe o projeto e a Constituição de 1934 passa a prescrever, em seu art. 113, item 33:

“dar-se-á Mandado de Segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.”

Como se vê, as expressões utilizadas nos votos do Ministro PEDRA LESSA foram incorporadas pelo texto Constitucional de 1934, acrescentando-se, ainda, que o ato impugnado fosse manifestamente ilegal ou inconstitucional. Logo em 1936, no plano infraconstitucional, é votada a primeira lei ordinária que disciplinou o procedimento da ação de segurança, a Lei 191, de 16 de janeiro de 1936. Em 1939, o mandado de segurança passou a ser tratado pelo Código de Processo Civil, que o disciplinou.

Na Carta política de 1937, o mandado de segurança foi suprimido do texto constitucional, continuando a ser aplicado, todavia, por força das disposições da Lei 191, de 1936 e do CPC, de 1939, que disciplinavam o instituto.

³²WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Tutela Jurisdicional das liberdades públicas*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 1991. p. 92.

³³BARBI, Celso Agrícola. *A Proteção do Cidadão contra Atos Ilegais da Administração Pública no Brasil*. In: Revista de Processo, a. 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1982, p. 21.

Com a redemocratização do país e com a Constituição de 1946, o mandado de segurança voltou a ostentar a condição de garantia constitucional (art. 141, n.24) e sofreu substanciais modificações ao se substituir, em sua disciplina constitucional, a expressão “direito certo e incontestável” (constante da Carta de 1934) por “direito líquido e certo” e ao ser suprimida a exigência de que a ilegalidade ou inconstitucionalidade fosse manifesta.

Ainda sob a vigência da Constituição de 1946, foi promulgada a Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, diploma básico disciplinador do Mandado de Segurança até os dias atuais.

No plano constitucional, não houve alterações no tocante ao requisito do direito líquido e certo, eis que a fórmula utilizada pela Constituição de 1946 foi repetida pelas Constituições de 1967 (art. 153, §21) e de 1988 (art. 5º, LXIX).

PARTE II

AS DIVERSAS CONCEPÇÕES DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

1. MANDADO DE SEGURANÇA E DEMAIS AÇÕES DE CONHECIMENTO: “INVERSÃO FUNDAMENTAL”

Nas ações de conhecimento em geral, seja no procedimento comum, ordinário ou sumário (art. 272, do Código de Processo Civil - CPC), seja em procedimentos especiais, vige a regra geral de que o ônus da prova cabe àquele que alega o fato que lhe aproveite, sendo incumbência do autor de uma determinada pretensão provar a veracidade dos fatos que alega e nos quais pretende assentar-se o direito que postula.

Os fatos narrados na inicial e o pedido formulado conferem os contornos à lide a ser decidida. O autor dispõe de todos os meios de prova em direito admitidos (art. 332, do CPC) para comprovar a veracidade dos fatos articulados. Se, entretanto, não lograr, ao longo de toda a instrução probatória, comprovar o que alega, o fato narrado e não comprovado será tido por inexistente, salvo quando se trate de fatos que não dependam de prova (art. 334, do CPC) ou quando se operarem os efeitos da revelia, hipótese em que os fatos afirmados pelo autor reputar-se-ão verdadeiros (art. 319, do CPC), ainda que não comprovados.

Fora dessas ocasiões especiais, os fatos narrados e não provados são, como já assinalado, tidos por inexistentes, podendo o juiz, conforme as outras

circunstâncias do caso, rejeitar o pedido do autor, extinguindo o processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil. Compondo a lide de modo definitivo, presentes os pressupostos processuais e condições da ação, tal decisão se revestiria da autoridade de coisa julgada material. Ainda que a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, não faça coisa julgada, nos termos do art. 469, do CPC, uma ação envolvendo as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (art. 301, §2º, do CPC) não poderia ser repetida, eis que configurada a tríplice identidade.

Na ação de segurança, que é ação de conhecimento que se exerce através de procedimento especial de índole documental³⁴, há uma inversão fundamental em relação aos paradigmas do procedimento comum, alhures delineados. É que, no mandado de segurança, a não comprovação da veracidade dos fatos alegados conduz à extinção do feito, sem julgamento de mérito, inviabilizando a composição da lide.

A impossibilidade de dilação probatória e a absoluta vedação à produção de novas provas, exigências impostas pelos contornos especialíssimos conferidos ao rito da ação mandamental, exigem que toda a prova dos fatos alegados seja carreada aos autos com a inicial, documentalmente. Se não houver tais provas, não é caso de mandado de segurança, sendo o impetrante carecedor do direito de ação de segurança.

Assim, consiste a aludida inversão fundamental em fazer deslocar, da sara do mérito para a das condições de ação, a prova dos fatos alegados. Daí a razão fundamental para que a revelia não produza seus efeitos na ação mandamental: como incumbe ao autor provar os fatos juntamente com a inicial para que a pretensão que veicula possa ser conhecida e decidida, se não o fizer, à evidência que o magistrado não poderá, à falta de informações da autoridade coatora, reputar verdadeiros os fatos alegados; deverá, sim, considerar o impetrante carecedor do direito de ação.

Esse aspecto, que denominamos de inversão fundamental em relação aos demais procedimentos cognitivos, nada mais é do que um dos aspectos (ou talvez o único) do requisito constitucional do “direito líquido e certo”, qual seja, o de que as provas dos fatos articulados devem acompanhar a exordial para que a ação de segurança seja conhecida.

³⁴BARBI, Celso Agrícola. A Proteção do Cidadão contra Atos Ilegais da Administração Pública no Brasil. In: *Revista de Processo*.a. 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1982, p. 22.

Quanto a esse aspecto, não há discrepância na doutrina, que é uníssona em acentuar tal exigência desde as origens do mandado de segurança, ainda que não a tenha subsumido a qualquer categoria da teoria do processo (condição da ação, pressuposto processual etc.). Vale dizer: seja a que título fosse, a exigência de prova pré-constituída sempre foi tida pela doutrina como um requisito imprescindível, aspecto da consagrada fórmula constitucional “direito líquido e certo”.

Com efeito, desde os tempos da teoria brasileira do *habeas corpus*, nos votos do ministro PEDRO LESSA, esse aspecto fundamental ficara estabelecido, fora de dúvidas.

A grande e intrigante questão é se, a par desse aspecto, a expressão direito “líquido e certo” quer também se referir a um determinado atributo do próprio direito material vindicado. Se, em suma, estando os fatos comprovados, a questão de direito a ser dirimida precisa se revestir de determinadas condições para que a ação mandamental seja conhecida e, eventualmente, provida.

Então, o que se coloca é, em outras palavras, saber se é possível, para efeito de verificar se presente o atributo de liquidez e certeza do direito, incursionar-se na fase de “acertamento da relação fático-jurídica”³⁵, vale dizer, na fase em que se opera a subsunção norma-fato, dizendo-se se dos fatos articulados (e provados de plano) decorre o direito subjetivo vindicado, a pretensão deduzida, enfrentado-se as questões de direito.

Se possível tal incursão no âmbito do direito material para fins de verificação do direito líquido e certo, é preciso indagar a que título ela se opera: se como uma condição prévia de admissibilidade, concernente ao grau de plausibilidade da tese de direito, analisada de modo preliminar e perfunctório; ou como condição da procedência da própria ação de segurança, avaliada apenas por ocasião da sentença de mérito.

Eis, em suma, as questões envolvidas no equacionamento da expressão direito líquido e certo e sobre as quais os doutrinadores, ao formularem sua conceituação desse requisito, estarão necessariamente se posicionando, ainda que não o façam expressamente, ou até mesmo disso não se apercebam. Assim também se deve afirmar quanto aos operadores do direito, que estarão sempre tomando posições jurídicas (em seus pareceres, petições e decisões judiciais) reveladoras do que verdadeiramente concebem a respeito do alcance da expressão “direito líquido e certo” em sede da ação de segurança.

³⁵ Expressão utilizada pelo Ministro Carlos Velloso em voto proferido no MS (AgRg) 21.143-Rel.p/ Min. Marco Aurélio red. P/acórdão CM, Plenário, 12.9.90, DJU de 15.3.1991, Lex 148/76.

2. CONCEPÇÕES MATERIALISTAS DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO

2.1. DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMO DIREITO EVIDENTE

A primeira corrente conceitual do atributo constitucional em tela teve sua origem ao tempo da elaboração da “teoria brasileira do *habeas corpus*”, tendo se consolidado ao tempo em que vigeu a Constituição de 1934, que utilizava a dicção “direito certo e incontestável” e ainda “ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal”.

Diante de tal dicção constitucional, formou-se o entendimento de que a Constituição, ao se referir a um direito “certo e incontestável”, estava se reportando a uma espécie de direito que, a par de existente no plano material, tivesse um *plus*, um algo mais, um atributo especial, sem o qual não poderia ser tutelado pela via *especial*. E definir esse atributo, de cunho material, consistia no esforço da doutrina e da jurisprudência.

Segundo MILTON FLAKS³⁶, teria partido do então Juiz Federal CUNHA MELLO uma das primeiras tentativas de interpretar a dicção da Constituição de 1934. Segundo CUNHA MELLO, direito “certo e incontestável” seria 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.”

Porém, o mais ilustre expoente dessa corrente foi CARLOS MAXIMILIANO³⁷, que asseverava tratar-se o direito certo e incontestável de “direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, aplicável de plano, sem detido exame nem laboriosas cogitações”. E, ainda, “(...) por outras palavras, é o que nenhum jurista de mediana cultura contestaria de boa fé ou desinteressadamente”³⁸.

Como se vê, em suma, tal corrente de pensamento enxergava na evidência, simplicidade, ou insuscetibilidade de controvérsia do direito material postulado o cerne do requisito constitucional em debate. E, por demasiado subjetivo e simplista, tal critério foi alvo de severas críticas.

³⁶ FLAKS, Milton. *Mandado de Segurança – pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 111.

³⁷ Parecer, *Jornal do Comercio* de 28.08.1934. cf. BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 84.

³⁸ MAXIMILIANO, Carlos, *Comentários à Constituição (1946)*. 5. ed., v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 146 *et seq.*

Nesse sentido, aduzia OROZIMBO NONATO³⁹, ao se referir ao aspecto da incontestabilidade:

“Se se cingir ao sentido literalíssimo do texto, poderemos concluir que nenhum ato oferecerá matéria ao mandado de segurança; porque muito raro é a regra de direito ou princípio jurídico que não sofre crítica, revisão ou restrição. São raríssimos os princípios que, atualmente, persistem inabalados pela crítica da doutrina e, por outro lado, a incontestabilidade absoluta não se verifica, de fato. O litigante desimpedido, audaz ou afoito pode contestar o direito mais evidente.”

PONTES DE MIRANDA⁴⁰, a seu turno, com a precisão de sempre, destaca o subjetivismo que inviabiliza a tese em questão:

“A certeza e liquidez de um direito não podem depender de não haver dúvida quanto à lei que rege esse direito, porque tal dúvida é subjetiva, existe e depende de elementos interiores, de estados de convicção dos juízes, e não da relação jurídica”

O eminente jurista CASTRO NUNES, por sua vez, criticava o esforço dos doutrinadores em formular um conceito apriorístico de direito líquido e certo, o que segundo ele, sempre redundava em sinonímias inúteis (translúcido, claro, evidente), “verdadeiras perissologias que nada definem”.⁴¹ Tais fórmulas verbais, segundo o aludido autor, teriam mais valor como advertências ao magistrado do que enquanto definições.⁴², e arremata:

“Tudo depende da equação pessoal do juiz, das suas idéias gerais, do seu preparo jurídico, em uma palavra, da sua apreciação subjetiva do caso em julgamento.”⁴³

³⁹ Citado sem referências bibliográficas em NOGUEIRA, Luciano de Lara. “Mandado de segurança (breve estudo sobre a figura do mandado de segurança no Ordenamento Jurídico Nacional e Internacional”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. 4, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar, 1996, p. 166.

⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. Tomo I. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970. p.360.

⁴¹ NUNES, Castro. “Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra o Poder Público”. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 64.

⁴² NUNES, Castro. *Idem*. p. 65.

⁴³ NUNES, Castro. *Idem. Ibidem*.

Como se observa, não obstante a pertinência da crítica esboçada, CASTRO NUNES também não foge ao grupo daqueles que fazem assentar-se em noções demasiado subjetivas o alcance da cláusula constitucional em análise.

Deve-se anotar que, se tais interpretações eram justificáveis diante da dicção da Magna Carta de 1934, a partir da promulgação da Constituição de 1946, que suprimiu o advérbio “manifestamente” e substituiu a expressão “certo e incontestável” por “líquido e certo”, a literalidade da nova redação passou a não ensejar, por si só, qualquer perquirição acerca de um direito translúcido, evidente, acima de qualquer suspeita. No entanto, mesmo após a Constituição de 1946, parte da doutrina continuou invocando tais expressões para limitar o cabimento da medida.

Não é incomum, outrossim, encontrar, ainda nos dias atuais, julgados em que a segurança é denegada ao argumento de que a matéria de direito é demasiadamente complexa. Nesse sentido, SÉRGIO FERRAZ nos dá conta de decisões relativamente recentes, *in verbis*:

“Encontramos inúmeros julgados assim orientados, espalhados por diversos Tribunais do País. Assim, por exemplo, já decidiram o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (RF 123/207), o do Rio Grande do Norte (Arquivo Judiciário 94/184) o de São Paulo (RT 194/298) e, mais recentemente, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (MAS 49.228, DJU 28.7.95, Parte II, p. 46.877)”⁴⁴

Cita ainda, o mesmo autor, decisão em que também o Superior Tribunal de Justiça teria incorrido no que, segundo o autor, seria um equívoco:

“Direito líquido e certo a ser protegido pelo *mandamus* é o que decorre de um dispositivo da lei (ou da Constituição), de eficácia imediata. (MS 1.043-0, DJU 21.3.94, pp. 5.425-6)”⁴⁵.

2.2. CONCEPÇÃO DE ALFREDO BUZUID

ALFREDO BUZUID se alinha entre os críticos da concepção acima mencionada, que concebe o direito líquido e certo como evidente, translúcido, o que se infere do seguinte excerto de célebre obra sua, *in litteris*:

⁴⁴FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993. p. 18.

⁴⁵FERRAZ, Sérgio. *Idem*. p. 22.

“Este conceito é ainda muito subjetivo. O que para uns pode parecer evidente e translúcido, para outros será duvidoso e controvertido. (...) A característica do direito líquido e certo não é assim a sua simplicidade, em contraposição a um direito complicado, que comporta questões de alta indagação. O direito, por ser menos simples, não se torna por isso mais incerto. Complexidade não é sinônimo de incerteza.”⁴⁶

O autor em questão, embora repudie a tese de que cuida o tópico anterior, dela não se afasta, em essência.

BUZAID entende que o mandado de segurança é uma ação que se distingue das demais pela “índole do direito que visa tutelar”⁴⁷, o direito líquido e certo, “categoria especial de direitos públicos subjetivos”⁴⁸, pertencente à ordem jurídica material⁴⁹. Alinha-se, portanto, à corrente materialista na definição de direito líquido e certo, não se distanciando, substancialmente, da concepção de CARLOS MAXIMILIANO.

Após longa explanação em que faz uma comparação entre o direito líquido e certo tutelado no mandado de segurança e o título líquido e certo, esforçando-se por definir o requisito constitucional em questão, acaba por conceituá-lo em termos muito semelhantes aos contidos nas formulações construídas à luz da Constituição de 1934, como se infere do seguinte trecho de seu pensamento:

“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. (...) Se surgir a seu respeito qualquer controvérsia, quer de interpretação, quer de aplicação, já não pode constituir fundamento para a impetração de mandado de segurança.”

⁴⁶ BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 84

⁴⁷ BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74.

⁴⁸ BUZAID, Alfredo. *Idem*. p. 1.

⁴⁹ BUZAID, Alfredo. *Idem*. p. 86.

O que merece destaque na teoria de BUZAID, entretanto, é a classificação de que lança mão para tentar esclarecer que o direito líquido e certo é uma categoria especial de direito material, para cuja tutela a Constituição preconizaria o mandado de segurança⁵⁰. Sustenta o referido autor existir uma gama de direitos subjetivos materiais que podem ser ajuizados e que se dividiriam em três grupos. O primeiro corresponderia àqueles que devem ser afirmados e provados judicialmente, sob pena de ser rejeitado o pedido do autor (ações de conhecimento); o segundo abrangeria os direitos reconhecidos em documentos, que exprimiriam a certeza e a liquidez do seu valor (títulos executivos, como letras de câmbio, notas promissórias, dentre outros); no terceiro grupo estariam os direitos líquidos e certos, “que, por sua clareza e evidência, não comportam discussão judicial a seu respeito”.⁵¹

Quer-se chamar atenção a esse ponto da teoria de BUZAID precisamente porque, embora o autor engendre tal classificação para comprovar a natureza material do direito líquido e certo, ele acaba, ao fazê-lo, deixando transparecer, em suas próprias palavras, a fragilidade de sua concepção. Senão vejamos.

O autor cita, na segunda categoria de sua classificação, os títulos executivos. Ora, a obrigação de pagar, por exemplo, que emerge de um título executivo extrajudicial em nada difere, no plano do direito material, daquela que resulta de uma relação obrigacional qualquer, que não tenha se assentado em um título de eficácia executiva. No plano do direito civil, a obrigação, e, portanto, o direito material, será o mesmo. Com efeito, a eficácia executiva de um crédito decorrente de vínculo obrigacional depende do que dispuserem as leis de processo acerca do instrumento em que estiver fundado, conferindo-lhe, ou não, eficácia executiva. Tanto assim, que é o Código de Processo Civil que fornece o elenco dos títulos executivos extrajudiciais (art. 584, do CPC).

Um título executivo não deixa de ser, em verdade, um documento a que as leis de processo conferem o valor de “prova pré-constituída” da obrigação. Daí se fazer mister afirmar, com segurança, que a própria classificação dos direitos construída por BUZAID põe em relevo aspectos eminentemente processuais, já que inexistente qualquer diferença, no plano do direito material, hábil a extremar os direitos reconhecidos em títulos executivos das demais espécies ali men-

⁵⁰ BUZAID, Alfredo. *Idem*. p.74.

⁵¹ BUZAID, Alfredo, *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p.75.

cionadas. Tal ilação já é suficiente para a compreensão de que também o direito líquido e certo, no bojo daquele intento classificatório, possa encontrar nota individualizadora unicamente por seus peculiares contornos processuais.

Parece-nos, pois, que, com essa classificação, BUZAID fornece mais subsídios à concepção processualista do direito líquido e certo do que propriamente à concepção materialista que defende.

2.3. SUBSUNÇÃO DAS TESES MATERIALISTAS ÀS CATEGORIAS DA TEORIA DO PROCESSO

Cumpre-nos agora, após a exposição dos aspectos gerais da concepção materialista, indagar de que maneira ela responderia à questão fundamental desse trabalho, qual seja, se a apreciação do requisito constitucional em análise implica, também, incursão naquela fase em que ocorre a subsunção norma-fato e, caso positiva a resposta, a que título se faz tal apreciação ou sob a invocação de que categoria processual.

A resposta à primeira indagação, à toda evidência, seria afirmativa, ou seja, a perquirição acerca da presença do requisito constitucional em questão, implicaria, sim, uma incursão no plano do direito material. E esta se daria para verificar se o direito postulado, além de existente, seria, ademais, translúcido, evidente etc..

Quanto à questão de a que título se faz tal perquirição, é interessante observar que o direito translúcido e evidente se apresenta, em tal concepção, a um só tempo, como uma condição especial da ação de segurança e como pressuposto de uma sentença de procedência do pedido, conforme esteja ou não configurado o requisito em tela. Explica-se.

É que, quando predominante tal concepção, entendia-se que, se o direito, embora assentado em fatos comprovados de plano e, ainda que existente, não fosse incontroverso, translúcido, evidente etc., não seria caso de mandado de segurança, sendo lícito ao impetrante, no entanto, postulá-lo pelas vias ordinárias. Assim, quando ausente o pressuposto de liquidez e certeza (evidência do direito no plano material), o impetrante seria carecedor da ação especial de segurança, e a liquidez e certeza funcionaria como uma condição da ação.

Presente tal requisito, no entanto, a ação, além de conhecida, haveria de ser julgada necessariamente procedente, pois não seria concebível que o direito fosse, para efeito de conhecimento da ação, evidente e incontroverso e, no mérito, tido por inexistente. É que, se o direito além de existente foi tido por certo

e incontestável ou líquido e certo, o que é um *plus*, não poderia ser posteriormente declarado inexistente.

2.4. A COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA DE ACORDO COM A CONCEPÇÃO MATERIALISTA

Sob o pálio de tal entendimento, logo se engendrou a tese de que a sentença concessiva de segurança, por reconhecer não só a existência do direito, mas também que este era certo e incontestável, faria coisa julgada material; a sentença denegatória, ao contrário, em qualquer hipótese, não faria coisa julgada contra o impetrante, pois apenas teria atestado que o direito não era certo e incontestável e, portanto, poderia existir e ser postulado nas vias ordinárias.

A jurisprudência, encampando tal ordem de idéias, seguiu o mesmo caminho e o Supremo Tribunal Federal editou, então, a súmula 304, cujo teor é o seguinte:

“Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.”

A interpretação gramatical da súmula e a oração reduzida “não fazendo coisa julgada contra o impetrante” não deixam dúvidas de que o que STF quis dizer que, sendo denegatória a sentença da ação de segurança, seja qual for o fundamento, não fará coisa julgada contra o impetrante.⁵²

Eis, portanto, em breves linhas, as repercussões processuais da tese analisada neste tópico, as quais se fizeram sentir enquanto prevalecia, entre nós, esta concepção de direito líquido e certo.

3. DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMO UMA NOÇÃO TIPICAMENTE PROCESSUAL

Por essa concepção, que convencionaremos chamar de processualista, a cláusula “direito líquido e certo” estaria a se referir apenas à exigência de que os fatos em que se pretende fundar o direito estejam comprovados de plano, com

⁵² Como se verá adiante, no entanto, com a superação da tese materialista, essa interpretação do preceito sumular foi abandonada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que passou a admitir a possibilidade de formação da coisa julgada material em sentença denegatória de segurança.

a inicial, sendo inteiramente irrelevante, nessa concepção, a complexidade das questões de direito relacionadas à pretensão que se veícula.

A pedra angular de tal concepção ancora-se na dicotomia fundamental, que nos é fornecida pela Teoria Geral do Direito, que distingue o direito objetivo do subjetivo. E com base nessa distinção, assevera-se que, no plano do direito objetivo, todo direito, desde que existente, é certo, não sendo lícito ao magistrado deixar de aplicá-lo sob a alegação de que a matéria é complexa ou intrincada.

A liquidez e certeza diriam respeito apenas, portanto, à comprovação do direito subjetivo no processo, através das provas coligidas com a inicial, só sendo cabível falar em direito líquido e certo na perspectiva do processo. No plano objetivo, no entanto, não seria possível conceber uma tal categoria especial de direitos, tal como preconiza BUZAID, que vê nos direitos líquidos e certos uma categoria especial de direitos, mais intensamente tutelados pela ordem jurídica.⁵³

A doutrina em foco, em verdade, só começou a ganhar tomo a partir da Constituição de 1946, que como já acentuado alhures, promovera alterações significativas na redação da cláusula constitucional a respeito dos requisitos para a ação mandamental. No entanto, de modo pioneiro e em lição que parece impassível de críticas até os dias atuais, o então Ministro COSTA MANSO (Supremo Tribunal Federal), já em 1936 (ainda sob a vigência da Constituição de 1934, portanto), em célebre voto proferido no MS 333/1936, assentava as bases dessa doutrina⁵⁴:

“Eu porém, entendo que o art. 113, n. 33, da Constituição empregou o vocábulo direito como sinônimo de poder ou faculdade decorrente da lei ou norma (direito subjetivo). Não aludiu à própria lei ou norma (direito objetivo). O remédio judiciário não foi criado para a defesa da lei em tese. Quem requer o mandado, defende o seu direito, isto é, o direito subjetivo, reconhecido ou protegido pela lei. O direito subjetivo, ou o direito da parte, é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la, e com o silêncio, a obscuridade, a indecisão dela

⁵³ BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 1

⁵⁴ Voto citado em FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993. pp. 20/21.

não se exime o juiz de sentenciar ou despachar (Código Civil, art. 5º da Lei de Introdução). Só se exige a prova do Direito estrangeiro ou de outra localidade, e isso mesmo se não for notoriamente conhecido. **O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter o mandado de segurança.** O direito será declarado e aplicado pelo juiz, que lançará mão dos processos de interpretação estabelecidos pela ciência, 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 fato 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.**”

(grifos apostos)

CELSO AGRÍCOLA BARBI, na esteira do pensamento de COSTA MANSO, destaca a natureza processual do direito líquido e certo:

“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 funda puderem ser provados de forma incontestável, certa no processo. E isso normalmente se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos.”⁵⁵

No mesmo sentido é a lição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, que, destacando a distinção entre direito subjetivo e Direito objetivo, nega a existência, no plano material, da uma categoria especial de direitos:

“Os direitos, enquanto categorias próprias dos diversos ramos do direito material, que o estabeleçam, existem ou não existem. (...) Na dimensão do processo é que os direitos podem apresentar-se como ‘incertos’ ou

⁵⁵BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 75.

‘ilíquidos’, no sentido de controversos. (...) **Não há, no plano material, essa categoria de direitos.**”⁵⁶

(grifos apostos)

HELY LOPES MEIRELLES, embora seja impreciso e vacilante nas primeiras linhas de sua definição, que sugerem filiação à concepção materialista, não deixa dúvidas, no desfecho de sua explanação, que adota a tese inaugurada por COSTA MANSO:

“Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir **expresso em norma legal** e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. (...) Em última análise, **direito líquido e certo é direito comprovado de plano (...). É um conceito impróprio – e mal-expresso – alusivo a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.**”⁵⁷

(grifos apostos).

Inúmeros são os doutrinadores que se filiaram à concepção tratada acima⁵⁸, cada um dos quais fornecendo-nos uma definição própria de direito líquido e certo, mas sempre, em essência, repetindo as matizes estabelecidas no célebre voto de COSTA MANSO.

⁵⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. V. 2. (Execução Obrigacional, Execução Real, Ações Mandamentais). 5 ed. São Paulo: RT, 2002. pp. 370/371.

⁵⁷ MEIRELLES, Ely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 14ª ed., atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 25.

⁵⁸ Dentre os quais: **Ernani Fidelis dos Santos** (*Manual de direito processual civil*. 3 ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 1994. p.169); **Carlos Alberto Menezes Direito** (*Manual do mandado de segurança*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 60); **Vicente Greco Filho** (*Tutela Constitucional das liberdades*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 161); **Seabra Fagundes** (*O controle do Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p 265.); **Pontes de Miranda**, (*Tratado das Ações*. Tomo I. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970. p.360); **Yves José de Miranda Guimarães** (*Comentários à Constituição* (direitos e garantias individuais e coletivos). 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 92.

No plano jurisprudencial, a tese também é vencedora, tendo se consagrado no Supremo Tribunal Federal, como atesta a recente Súmula 625 daquela Egrégia Corte, publicada em nove de outubro de 2003, que, como se demonstrará no momento oportuno, em que serão analisados os julgados dos quais foi extraída, abraçou em cheio o entendimento em questão.

3.1. SUBSUNÇÃO DA TESE PROCESSUALISTA ÀS CATEGORIAS DA TEORIA DO PROCESSO

Voltando ao enfrentamento da questão fundamental sugerida no presente estudo, o que se observa é que, de acordo com a tese analisada neste tópico, a perquirição acerca do requisito do direito líquido e certo não comporta, a qualquer título, incursão na fase de “acertamento da relação fático-jurídica”. Em suma, não se destina a dirimir, a qualquer título e grau de profundidade, questões de direito; cinge-se, ao contrário, a indagar se há, ou não, prova pré-constituída dos fatos alegados. Se não as há, não é caso de mandado de segurança, devendo ser extinta a ação sem julgamento de mérito.

Se essa etapa for superada, é dizer, se houver prova dos fatos alegados, a questão de direito será analisada, conhecendo-se do pedido do impetrante.

CARLOS MÁRIO VELLOSO chama atenção para essas duas fases do procedimento, acentuando que a primeira delas (que perquire sobre o cabimento da medida) se cinge à análise da prova dos fatos:

“Aliás, é interessante estabelecer estas duas fases: a fase do cabimento e a fase da concessão. Até a primeira fase, só examinamos se os fatos são mesmo incontroversos. Incontroversos, cabe o mandado de segurança. Os fatos então, que dariam nascimento ao direito, podem ser examinados. Vamos fazer incidir sobre eles a norma. Incidindo a norma, se entender o Juiz que há direito líquido e certo⁵⁹, concede-se a segurança.”⁶⁰

⁵⁹ Insta observar que a expressão “direito líquido e certo” foi aqui utilizada de forma despreziosa, sem qualquer referência à sua natureza jurídica, mas apenas como alusão ao texto constitucional, que a emprega como pressuposto para a “concessão” da segurança. Pelo conjunto de sua exposição, percebe-se quis o Ministro, ao utilizar a expressão, não quis afirmar que o direito líquido e certo diga respeito ao mérito do *mandamus*. Em verdade, seria mais técnico e coerente com o seu posicionamento se dissesse apenas “se entender o Juiz que **há direito**”.

⁶⁰ VELLOSO, Carlos Mário. Direito Líquido e Certo. Decadência. In: FERRAZ, Sérgio. *Cinqüenta Anos de Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 57.

Sendo a comprovação dos fatos alegados uma condição para que haja uma sentença de mérito, parece-nos, nessa concepção, subsumir-se o direito líquido e certo à categoria de condição da ação, específica do mandado de segurança. Condição essa especialíssima e que diz respeito **exclusivamente** à exigência de prova pré-constituída dos fatos alegados.

É nesse sentido a conclusão de ADHEMAR FERREIRA MACIEL⁶¹, em trabalho que versa sobre o tema em foco:

“Em suma, dentro da melhor corrente doutrinária e jurisprudencial, o direito líquido e certo é *condição da ação do mandado de segurança*. Nada tem com o mérito. Quem não prova na inicial o que diz, não tem direito líquido e certo. Deve ser, então, julgado carecedor da ação de segurança.”

O mesmo autor faz um interessante levantamento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio do qual comprova que, não obstante aquela Corte, de modo absolutamente predominante, venha associando o direito líquido e certo à existência de prova pré-constituída, não tem esboçado uma maior preocupação em qualificar o requisito constitucional em tela como uma condição especial da ação de segurança. Assim, diante da inexistência desse pressuposto, o STJ cuida, indistintamente e sem qualquer rigor técnico, de “indeferimento” ou “denegação” da segurança ou, por outro lado, de “não conhecimento” do *mandamus*, como se se tratasse de recurso⁶².

Sobre boa técnica processual, a propósito, permitam-nos as seguintes ponderações.

Como, de acordo com a concepção em tela (a que nos filiamos), a liquidez e certeza se referem aos fatos e, por seu turno, o direito, desde que existente, será sempre certo, parece-nos não haver razão para que o magistrado, ao conhecer do pedido do autor, diga que está concedendo ou denegando a segurança porque presente ou ausente “direito líquido e certo”. Na verdade, parece-nos ser de melhor técnica que, ao proferir sentença de mérito, proclame, simplesmente, que há ou que não há direito. É que, se ao denegar a segurança o

⁶¹ MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo. In: *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1998, p. 31.

⁶² MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo. In: *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1998, p. 29.

fizer alegando que não vislumbra “direito líquido e certo”, o *decisum* poderá sugerir, apenas, que não há prova das alegações, ou que, adotando-se uma concepção materialista, o direito possa existir no plano material mas não ser evidente ou translúcido.

Se entender, no entanto, que, efetivamente, os fatos não estão comprovados, deverá extinguir o feito, por carência de ação, aduzindo que os fatos (e não o direito) alegados carecem dos atributos de liquidez e certeza.

Desse modo o magistrado estará evitando dúvidas e questionamentos acerca do sentido em que se estaria utilizando a expressão “direito líquido e certo”.

3.2. A COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA DE ACORDO COM A CONCEPÇÃO PROCESSUALISTA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

A adoção da concepção tipicamente processual de direito líquido e certo tem efeitos radicais sobre o instituto da coisa julgada no mandado de segurança, pois a sua prevalência conduz à superação, ou, ao menos, a uma releitura, da Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal, cuja interpretação literal conduzia à conclusão de que a sentença denegatória em mandado de segurança não faria, em qualquer hipótese, coisa julgada material.

É que essa interpretação da Súmula só faria sentido em face daquela concepção material do direito líquido e certo como direito evidente, translúcido etc., em que o mandado de segurança era concebido como uma via excepcional para a tutela de uma categoria especial de direitos, distintos dos demais inclusive no plano material. Nessa concepção, como visto alhures, se considerado presente o requisito constitucional, tinha-se que o direito, a par de existente, era certo e incontestável, sendo inconcebível que o direito fosse, para efeito de conhecimento da ação, evidente e incontroverso e, no mérito, tido por inexistente. Havia mesmo, portanto, um óbice lógico a que fosse proferida uma sentença de mérito que fosse denegatória, fazendo coisa julgada contra o impetrante.

Com o deslocamento do requisito liquidez e certeza do direito exclusivamente para a questão da prova pré-constituída, passa a ser plenamente possível que, comprovados os fatos, o juiz investigue o mérito e, em cognição exauriente e de modo definitivo, declare que o direito objetivo não ampara a pretensão do impetrante, não havendo razão qualquer para que esta decisão deixe de transitar em julgado.

Assim, com a prevalência da tese processualista, a expressão “não fazendo coisa julgada contra o impetrante” contida na aludida Súmula passou a ser entendida no sentido de “em não fazendo coisa julgada” ou “quando não fizer coisa julgada”. Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal tem interpretado a sua Súmula neste sentido, como nos dá conta o voto proferido pelo Ministro Xavier de Albuquerque, quando do julgamento do RE nº 76.371GB, veiculado na RTJ 67/872-876⁶³:

“Sr. Presidente, essa Súmula 304 tem sido afritivamente examinada, mais de uma vez, nesse Supremo Tribunal Federal, e tenho a impressão de que, ao intercalar a expressão – ‘não fazendo coisa julgada contra o impetrante’ -, quer ela significar – ‘quando não fizer coisa julgada contra o impetrante’”

Questionado sobre a necessidade de alteração do enunciado da Súmula para tornar expresso tal entendimento, responde o Ministro:

“Creio que não preciso fazê-lo, porque há vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal que, de algum modo, interpretaram a súmula – eu mesmo sou relator de um, no qual indiquei a referência a outros precedentes – e lhe deram esse sentido que referi no início, ‘não fazendo coisa julgada’ não significa que não faça nunca: significa, apenas, ‘quando não faça’, isto é, quando o mérito não tiver sido apreciado de tal jeito que o reconhecimento do direito haja sido negado de vez.”

KAZUO WATANABE, ao tratar do tema em questão, fornece-nos uma noção que elucida a questão da coisa julgada em mandado de segurança. Segundo ele, o *mandamus* é ação de cognição “plena e exauriente *secundum eventum probationis*”⁶⁴, pois:

“O aspecto marcante dessa espécie de cognição, que poderá ser exauriente, consiste no fato de estar condicionada a decisão da questão, ou

⁶³ Trecho de voto citado em BUENO, Cássio Scapinella. “Coisa Julgada e sentença denegatória em mandado de segurança.” In: *Revista de Processo*, a. 20, n. 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1995, p. 230.

⁶⁴ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 89.

mesmo do *thema decidendum*, à profundidade da cognição que o magistrado consiga, eventualmente, estabelecer com base nas provas existentes nos autos. À conclusão de insuficiência de prova, a questão não é decidida (as partes são remetidas para as ‘vias ordinárias’ ou para a ‘ação própria’)...”

E os limites dessa cognição são estabelecidos na exata medida do confronto da prova documental com o que se afirma na petição inicial⁶⁵. Em sendo tal cognição, estabelecida nestes estreitos limites, exauriente, vale dizer, provada toda a situação fática narrada pelo autor, não se eximirá o Estado-Juiz de dizer o direito, com caráter de definitividade e, portanto, formando coisa julgada material.

Cumpre-nos, por fim, registrar o posicionamento de SEABRA FAGUNDES acerca da coisa julgada em sentença denegatória de segurança. A opinião do ilustre autor, em que pese nos pareça formada a partir de uma concepção materialista do direito líquido e certo, é-nos útil por esboçar uma importante advertência quanto ao manejo das ações de segurança:

“O pedido é formado para que se declare ser o impetrante titular de um direito desse tipo (líquido e certo). Decidir que o impetrante não tem nem o direito líquido e certo que invoca, nem qualquer outro direito, é decidir invertendo o pedido contra o autor e ultrapassando o conteúdo natural da situação contenciosa ajuizada. O impetrante do mandado de segurança correria o risco de se ver privado de melhor demonstrar e provar a sua pretensão, por ter-se valido daquela via sumaríssima. E a invocação da certeza e liquidez de direito acabaria resultando num posicionamento irretrável de uma justiça mal informada.”^{66,}

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 28.

⁶⁶ FAGUNDES, Seabra. *O controle do Atos Administrativos pelo poder Judiciário*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p 349. No mesmo sentido de Seabra Fagundes, não admitindo coisa julgada material contra o impetrante da medida, e mesmo que partindo de uma concepção processualista de direito líquido e certo, posicionam-se Arruda Alvim (*Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo de Conhecimento - v. II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, p.317) e Diomar Ackel Filho (*Writs Constitucionais - Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 80.)

Se a lição não pode ser, em nosso sentir, integralmente aproveitada, haja vista os pressupostos em que se assenta, serve-nos de advertência para as sutilezas do mandado de segurança que decorrem do que denominamos no início do presente estudo, “inversão fundamental”, por força da qual não há instrução probatória no mandado de segurança. E devido a esse aspecto, assiste razão a SEABRA FAGUNDES em temer os efeitos nefastos de uma justiça mal informada.

Mas o que se deve ter em conta é que, no mandado de segurança, a rigor, a “justiça mal informada”, sendo aquela que está diante de fatos não comprovados de forma inequívoca, deve calar-se, ou, em outras palavras, deve declarar o *non liquet*. Em suma, deve extinguir o feito sem julgamento de mérito, por falta de condição especial da ação de segurança e remeter o impetrante às vias ordinárias.

Impende ressaltar, em abono de SEABRA FAGUNDES que, se no rigor da técnica, em que se vislumbra a cisão lógica das etapas de cabimento e de concessão ou denegação, o corte abstracionista entre fato e norma, não há razão para temer justiça mal informada (já que esta não pode dizer o direito), no plano da *praxis*, ao contrário, esse risco existe e dele deve estar cômico o operador do Direito. É que a justiça “mal informada” pode, por vezes, arvorar-se de dizer o direito para declará-lo inexistente, mesmo à falta de provas inequívocas do arcabouço fático.

Se assim proceder, no entanto, sem sombra de dúvida, estará agindo de modo injurídico, perpetrando *error in procedendo*, sendo o *decisum* proferido nesses termos passível de anulação⁶⁷. Em todo caso, tal decisão, ainda que, no plano jurídico, eivada de vício de forma, poderá, no plano fático, trazer prejuízos á parte, pelo que se tem pertinente a advertência de SEABRA FAGUNDES.

⁶⁷ Cássio Scarpinella Bueno propõe que tal vício seja alegado como *error in procedendo* em sede de recurso de apelação ou ordinário; ou ainda, eventualmente, desde que transitada em julgado a sentença, , mesmo à falta da condição de ação específica, preconiza o ajuizamento de ação rescisória, eis que o julgado violaria “disposição literal de lei” (Art. 485, V, do CPC). Suscita ainda a possibilidade de que, sendo as condições da ação “verdadeiros elementos constitutivos do direito de ação”, possa a sentença de mérito proferida sem a concorrência do pressuposto de liquidez e certeza ser submetida a “um regime jurídico próprio e diferenciado das sentenças nulas” e rescindíveis, eis que, menos do que nulas, seriam tais decisões inexistentes do ponto de vista jurídico. Em suma, indaga sobre a admissibilidade da *querela nullitates* em tais casos. (BUENO, Cássio Scapinella. “Coisa Julgada e sentença denegatória em mandado de segurança.” *In: Revista de Processo*, a. 20, n. 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1995, p. 231.)

Deve o magistrado, portanto, com rigor, verificar se o arcabouço fático alegado se encontra provado; se não o estiver, não é caso de segurança, devendo proclamar o *non liquet*.

Há outra questão interessante que a lição de SEABRA FAGUNDES nos induz a pensar, mas que não comporta detido exame nos estreitos contornos deste trabalho, razão pela qual a elas apenas faremos uma breve menção, suscitando o problema apenas esboçando soluções. Referimo-nos aos casos em que apenas parte dos fatos alegados se encontram comprovados, o que pode ensejar diversas situações

Na primeira que vislumbramos, poderia ocorrer de o magistrado entender que, embora não comprovado todo o leque de fatos alegados pelo autor, apenas daqueles provados, por si, já decorreria o direito postulado pelo autor. Seria a hipótese, *exempli gratia*, de alguém que postula, em *mandamus*, a anulação de um ato administrativo alegando vícios formais e perseguição política/desvio de finalidade do agente que o praticou. Estando comprovados apenas os vícios formais e entendendo o magistrado que deste fato comprovado já decorreria o direito, poderia o magistrado proferir decisão de mérito para conceder a segurança? Parece-nos que não há razão para que não o faça e, não obstante, nem tudo que se alegou está provado.

Se, por outro lado, entendesse o magistrado, no mesmo exemplo, ou o Tribunal em sede de recurso, que do vício formal, dele exclusivamente, não decorreria a pretensão do impetrante? Neste caso, entendemos que não seria hipótese de denegação com mérito, pois ao impetrante restaria a possibilidade de comprovar a perseguição política nas vias ordinárias, lançando mão de todos os meios de prova em direito admitidos.

Essa análise perfunctória que ora se faz do aspecto suscitado tem por finalidade, apenas, demonstrar que a questão concernente à coisa julgada em mandado de segurança, se pode parecer simples quando tratada em termos abstratos em face da concepção de direito líquido e certo que se adote, pode-se afigurar de difícil deslinde na prática. Não nos cabe, entretanto, adentrar amiúde nesta questão, porquanto fugiríamos aos propósitos do presente estudo.

4. CONCEPÇÕES *SUI GENERIS* DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Com a designação conferida ao presente tópico quer-se referir, em verdade, a um grupo de autores cujas concepções de direito líquido e certo têm em comum, precisamente, o fato de não se subsumirem às linhas gerais das doutri-

nas abordadas nos tópicos anteriores; quer dizer, não se enquadram, em termos absolutos, nem na tese materialista, nem na processual. São três os autores cujas teses enquadrámos sob a rubrica de *sui generis* e que iremos abordar no presente tópico: SÉRGIO FERRAZ, TERESA ARRUDA ALVIM e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO.

SÉRGIO FERRAZ, em seu substancioso “*Mandado de segurança (individual e coletivo) Aspectos polêmicos*”, após esboçar as linhas gerais das duas doutrinas tratadas no presente estudo, afirma tratar-se o mandado de segurança de ação de conhecimento de dúplici natureza (constitucional e processual) e que, portanto, mantida a amplitude, generosidade e nobreza decorrente de ser uma garantia constitucional, deve, ao mesmo tempo, submeter-se à técnica jurídica, de índole processual, em que se embasa o direito de ação⁶⁸. Debai-xo dessa premissa, esboça sua própria formulação de direito líquido e certo:

“Diremos que líquido será o direito que se apresenta com **alto grau, em tese, de plausibilidade**; e certo, aquele que se oferece configurado preferencialmente de plano, documentalmente sempre, sem recuso a dilações probatórias. (...) E aqui, no Texto Maior, ao mesmo tempo em que só se enseja a *writ* se de plano verificável a existência dessa condição, **também só se concede, afinal, a segurança se o direito líquido e certo, a início tido por plausível, por último se constatar efetivamente existente**. É dizer, no mandado de segurança, **o direito líquido e certo é, a um só tempo, condição da ação e seu fim último (na primeira face, como juízo provisório; na segunda, como objetivo da tutela jurisdicional)**.”⁶⁹

(grifos apostos)

Por fim, arremata, citando acórdão relatado por Lúcia Valle Figueiredo:

“Em suma: a ausência de direito líquido e certo será sempre objeto de decisão de mérito (TRF – 3ª Região, AMS 9.392, Rel. Juíza Lúcia Valle Figueiredo, RTRF – 3ª Região 4/427).”⁷⁰

⁶⁸ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993. p. 24.

⁶⁹ FERRAZ, Sérgio. *Idem*. p. 25.

⁷⁰ FERRAZ, Sérgio. *Idem*. p. 27.

Respondendo às indagações fundamentais do presente estudo, diríamos que, na concepção de SÉRGIO FERRAZ, diante da explanação contida nas linhas acima, a verificação do atributo da liquidez e certeza implica, sim, uma incursão na matéria de direito ou naquela fase de “acertamento da relação fático-jurídica”. Essa investigação se dá, no entanto, em sua formulação, em dois momentos distintos e a títulos diversos. Vejamos.

Num primeiro momento, analisa-se a admissibilidade da medida, perquirindo-se se, além de fundado em fatos comprovados, o direito ou a tese jurídica suscitada apresenta “alto grau, em tese, de plausibilidade”. Assim, o direito líquido e certo se apresenta neste primeiro momento como uma condição da ação de segurança, mas que envolve, além da questão da prova pré-constituída, um juízo que investiga, de modo precário e provisório, o grau de plausibilidade do direito.

Num segundo momento, sendo caso de segurança, vale dizer, presente a liquidez e certeza do direito sob o aspecto de condição da ação, o juiz conhece do pedido e, proferindo decisão de mérito, concede ou denega a segurança, quando declara se o direito, além de plausível e comprovado de plano, efetivamente existe ou não. Para FERRAZ, nesta segunda fase, o juiz também estaria verificando se o direito é líquido e certo, pois tais atributos seriam, igualmente, pressupostos para uma sentença de mérito procedente.

Passível de críticas sob vários aspectos a doutrina do autor em referência. Primeiramente pelo fato de tentar cindir os atributos da liquidez e certeza e defini-los isoladamente. Em verdade, tais expressões, quando sozinhas, não têm qualquer significado na técnica jurídica. Não aludem a quaisquer conceitos privatísticos da teoria das obrigações ou do processo, seara em que pudessem encontrar qualificação específica que distinguisse o “líquido” do “certo”. O “líquido e certo”, sempre junto, é expressão retórica, utilizada nas origens do mandado de segurança com o intuito, apenas, de enfatizar a excepcionalidade da medida.

Por outro lado, não há razão para que o autor busque explicar o atributo constitucional em questão a partir da noção de plausibilidade jurídica, que é pressuposto, em nossa cultura jurídica, para o deferimento de medidas de urgência, assentadas em juízos provisórios, realizados a partir de uma cognição perfunctória. Na sistemática do mandado de segurança, a ausência de tal requisito engendraria, isto sim, o indeferimento de medida liminar eventualmente postulada pelo impetrante, e não a extinção do feito sem julgamento do mérito.

Acresce que o direito eventualmente considerado com “baixo grau de plausibilidade” no início da demanda poderia vir a ser considerado, se não fosse

extinta a ação sem julgamento de mérito (como preconiza FERRAZ), existente na sentença de mérito, tal como as liminares podem ser negadas e, no entanto, ser o pedido julgado procedente na sentença.

Ao que nos parece, ademais, se entendido o alto grau de plausibilidade do direito como o que decorre do convencimento subjetivo do juiz acerca da relevância do fundamento invocado pela parte, SÉRGIO FERRAZ estaria, em essência, a exigir, para conhecimento da ação de segurança, algo que seria semelhante, em boa medida, àquela noção primeira de direito líquido e certo como direito evidente, translúcido etc. A diferença é que, aqui, seria possível que o direito tivesse “alto grau em tese de plausibilidade” e fosse tido por inexistente no mérito, sendo possível, portanto, na concepção de FERRAZ, decisão de mérito denegatória e, por conseguinte, coisa julgada material contra o impetrante.⁷¹

Se entendermos, por outro lado, que a noção de “alto grau, em tese, de plausibilidade” se aproxima mais da noção de possibilidade jurídica do pedido (condição genérica da ação, *ex vi* do art. 267, VI, do CPC), estaria melhor expressa como “grau mínimo, em tese, de plausibilidade” a construção empreendida por FERRAZ, sendo, nesse caso, de todo inútil, eis que conceberia uma condição de ação específica para o mandado de segurança que já existe como condição genérica e, portanto, também aplicável ao *mandamus*. O mesmo raciocínio seria válido se a fórmula de FERRAZ significasse o mesmo que a causa de inépcia prevista no art. 295, III, do CPC: “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão”.

Por fim, poder-se-ia entender a expressão “alto grau, em tese, de plausibilidade” não como o convencimento subjetivo do magistrado, em cognição perfunctória, da relevância dos argumentos, mas como um dado mais objetivo, relativo à probabilidade de sucesso da demanda, tendo em vista o que têm decidido os Tribunais acerca da tese jurídica invocada. Nessa acepção, a apreciação da existência de direito líquido e certo se assemelharia bastante a um dos aspectos do juízo de admissibilidade recursal, qual seja, àquele pertinente à conformidade, ou não, da tese do recorrente com a jurisprudência dominante. Relativamente à admissibilidade dos recursos em geral, dispõe o art. 557, *caput*, do CPC: “O relator negará seguimento a recurso (...) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

⁷¹ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993. p. 25.

Tal solução, entretanto, não se coaduna com as matizes de nosso sistema jurídico. Sendo o mandado de segurança uma **ação** de índole constitucional (e não um recurso), condicionar o seu conhecimento à prevalência da tese jurídica que veicula perante os Tribunais significaria flagrante violação ao princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição (art. 5º; XXXV, CF/88), mormente quando se tem em conta que, entre nós, não vige o sistema de súmulas vinculantes. Estar-se-ia a tolher, em última análise, o próprio direito de ação, que se exerce de modo especial pelo *writ of mandamus*. Ainda mais injustificável tal solução quando se percebe que ela seria aplicável, exclusivamente, ao mandado de segurança, já que, nas ações em geral, a falta de amparo jurisprudencial do direito só pode servir como um elemento de convicção para que o magistrado, conhecendo do pedido, julgue-o improcedente.

Sem dúvida que não pode ser esse o sentido do requisito constitucional do “direito líquido e certo”.

Quanto à assertiva de que “a ausência de direito líquido e certo será sempre objeto de decisão de mérito” parece estar fora de contexto, em total descompasso com o conjunto de sua doutrina, já que o próprio autor afirma ser tal requisito também uma condição da ação.

Por fim, não nos parece adequado, dentro da ciência jurídica, que se admita possa uma mesma expressão significar, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, coisas totalmente distintas. Referimo-nos à tese de que o direito líquido e certo seja, a um só tempo, condição da ação e mérito. Argumenta FERRAZ que, pela Constituição, para que a segurança seja deferida, é preciso que o direito líquido e certo exista enquanto tal. Observe-se, contudo, que quando a Constituição diz que a segurança só será concedida se o direito for líquido e certo (art. 5º, LXIX, CF/88), não está, só por isso, colocando a liquidez e certeza como um requisito para que o pedido seja provido. Para ser provida a segurança é preciso apenas que o direito (sem qualquer superlativo que o qualifique) simplesmente exista; os fatos é que têm que ser líquidos e certos.

A concepção de TERESA ARRUDA ALVIM se aproxima bastante, em suas linhas gerais, daquela esboçada por SÉRGIO FERRAZ, pelo que merece, *mutatis mutandis*, as mesmas críticas. Para a autora, do mesmo modo, o direito líquido e certo “é tanto requisito para a admissibilidade, quanto requisito para que ela seja concedida”⁷². Explica que “a mesma expressão tem sentidos dife-

⁷² ALVIM, Teresa Arruda. *Controle Jurisdicional dos atos do Estado*. V. 2 (Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial), 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 21.

rentes, ainda que muito sutil e ligeiramente, quando diz respeito ao juízo de admissibilidade e ao de mérito”⁷³.

Admite também, que, a título de “juízo de admissibilidade”, se proceda a uma investigação da matéria de direito, perquirindo-se não só acerca da prova do fato, mas da comprovação do próprio direito subjetivo, ou seja, da incidência da norma sobre o fato comprovado. É o que se infere de suas lições:

“Quando se pensa no juízo de admissibilidade do mandado de segurança, a expressão direito líquido e certo significa **direito (incidência do direito = norma + fato), provável de plano**, documentalmente. Admitir o mandado de segurança não leva necessariamente à sua procedência, pois pode haver contra-prova, e o direito líquido e certo é, nesta fase, ainda contestável”⁷⁴

(grifos apostos)

Essa análise preliminar do direito far-se-ia, segundo a autora em questão, sob a perspectiva de um juízo de possibilidade ou probabilidade de procedência da ação:

“Assim, parece inevitável aplicar-se ao mandado de segurança, analogicamente, o raciocínio que se faz para compreender, em nosso entender bem o que são as condições da ação. Elas envolvem, em nosso entender, **um ‘quê’ de aparência**, que autorizam o julgador a enxergar no caso **sub judice possibilidade** e até mesma (sic) certa dose de **probabilidade de procedência da ação**, em determinados casos.”⁷⁵

A concepção de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO também é no sentido de relacionar a liquidez e certeza à plausibilidade jurídica. Em sua formulação, destaca ser possível verificar-se a ausência de tal plausibilidade ainda por ocasião da prolação da sentença, após cognição completa do mandado. Assim, a plausibilidade que parecera presente ao juiz num primeiro momento, poderia ser tida

⁷³ ALVIM, Teresa Arruda. *Idem. Ibidem.*

⁷⁴ ALVIM, Teresa Arruda. *Idem.* p. 22.

⁷⁵ ALVIM, Teresa Arruda. *Controle Jurisdicional dos atos do Estado*. V. 2 (Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial), 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 22.

por inexistente na sentença, que, nesse caso, extinguiria o feito sem julgamento de mérito, como se depreende de suas próprias palavras:

“É necessário deixar clara a existência de dois momentos processuais diferentes. No primeiro momento, há **plausibilidade da existência do direito líquido e certo**; no segundo momento, de cognição completa do mandado de segurança – portanto na hora da sentença -, é possível a ocorrência de duas hipóteses. Primeiro, **a inexistência daquela plausibilidade que parecera presente ao juiz. Neste caso, teremos extinção sem julgamento de mérito**; ou é possível, ainda, que a hipótese descrita na inicial não leve necessariamente àquela conclusão. Portanto, não há, pelo mérito, possibilidade de aquele impetrante vir a ser beneficiado pela concessão da ordem.”⁷⁶

Parece-nos ainda mais clara, na concepção da autora em tela, existir uma confusão indevida entre os pressupostos para deferimento da liminar e as condições da ação de segurança. Com efeito, por ocasião da prolação da sentença, e, portanto, numa cognição aprofundada (desde que comprovados os fatos alegados), não há sentido em declarar o juiz que o direito não é plausível, extinguindo o feito sem julgamento de mérito; cabe-lhe, isto sim, verificar se aquela plausibilidade (que é pressuposto da liminar e não condição da ação) se confirma e se converte em certeza do direito. Havendo tal certeza, o direito existe e a segurança deve ser concedida; não havendo, então a segurança deve ser denegada, e, nas duas hipóteses, há julgamento com mérito.

O que se observa, em conclusivo, relativamente ao que denominamos concepções *sui generis*, é que elas apresentam como ponto fundamental em comum, além de não se subsumirem com precisão às concepções materialista e processual, o fato de admitirem, na perquirição acerca da existência de direito líquido e certo, uma análise preliminar e, em certa medida, superficial da matéria de direito. Essa análise, em todas elas, far-se-ia a título de “juízo de admissibilidade da medida” e se assentaria na noção de “plausibilidade jurídica”. Esse elemento seria, portanto, um *plus* adicionado à questão da prova pré-constituída e que, juntamente com esta, delimitaria os contornos do direito líquido e certo. Sem este *plus* não seria caso de segurança, cabendo ao impetrante buscar seus direitos nas vias ordinárias.

⁷⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 15.

PARTE III

O DIREITO LÍQUIDO E CERTO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. A SÚMULA 625 DE 15 DE OUTUBRO DE 2003

Tem-se por objetivo, no presente tópico, analisar-se o conteúdo da recente Súmula 625 do Supremo Tribunal Federal, publicada em nove de outubro do presente ano de 2003, que está vertida nos seguintes termos:

“625 – Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão da mandado de segurança.”

Como resultará demonstrado, a partir da análise dos julgados dos quais foi extraída a aludida Súmula⁷⁷, infere-se que o seu enunciado surgiu, precisamente, do enfrentamento, pela Suprema Corte, da questão do “direito líquido e certo”, especialmente de seu alcance e do papel que desempenha na estrutura do mandado de segurança.

Assim, cumpre-nos indagar, a partir da interpretação da nova Súmula, de que modo o Supremo Tribunal Federal responderia, ou responde, à questão fundamental sobre que nos debruçamos nesse trabalho: se a verificação da existência do requisito constitucional do direito líquido e certo implica, ou não, incursão em matéria de direito, e, se implica, a que título e em que profundidade se dá essa análise. Respondendo a tal questionamento, será possível indagar a que corrente doutrinária, dentre aquelas três fundamentais abordadas em nosso estudo, acabou por filiar-se o Colendo Supremo Tribunal Federal.

Para tal mister, far-se-á imprescindível o exame, não só do texto da Súmula, mas também, e sobretudo, dos julgados que deram origem ao seu enunciado, destacando-se o contexto em que foram prolatados.

Dentre os julgados citados como precedentes do enunciado sumular, há um que merece especial destaque e que será objeto de exame pormenorizado, porque, em verdade, os demais acórdãos que o sucederam nada mais fizeram do que repetir os seus ensinamentos, a ele se reportando. Trata-se do acórdão proferido no MS (AgRg) 21.143 - DF, publicado no DJU de 15 de março de 1991.

⁷⁷ Eis os julgados dos quais foi extraída a Súmula 625:

- MS (AgRg) 21.143, red. P/acórdão CM, Plenário, 12.9.90, DJU de 15.3.1991, Lex 148/76;
- MS (AgRg) 21.1888, red. P/acórdão CV, Plenário, 7.11.90, DJU de 19.4.91, RTJ 134/681;
- RE 117.936, SP, 1ª T, 20.11.90, DJU de 6.12.90, RTJ 133/1314;
- RE 195.186, IG, 1ª T, 4.5.99, DJU de 13.8.90

Cuidava-se de agravo regimental, interposto contra decisão do Ministro Relator que, em apreciação monocrática, havia trancado o prosseguimento de mandado de segurança interposto perante o Supremo Tribunal Federal, impedindo a sua apreciação por Órgão Colegiado daquele Tribunal. Na fundamentação de seu voto, o Ministro Marco Aurélio, relator do mandado de segurança, enfrentou a questão de fundo vertida na ação, apreciando as questões de direito pertinentes à demanda para, ao final, por entender ausente direito líquido e certo, repudiar liminarmente o prosseguimento do *mandamus*. Eis as palavras conclusivas do Ministro, após longa apreciação dos fundamentos de fato e de direito suscitados pelo impetrante:

“Dessarte, não socorre ao impetrante o direito líquido e certo mencionado na inicial e que é condição primeira da própria demanda ajuizada. Ao contrário, considerada a ordem jurídica em vigor, aquele milita a favor da Administração pública – artigos citados e § 3º do artigo 41 da Constituição Federal.”⁷⁸

Em voto vencedor, no entanto, o Ministro Celso de Mello deu provimento ao agravo regimental interposto contra a decisão do relator, por considerar que não seria lícito que este incursionasse, na fase de admissão do mandado de segurança, na análise do próprio *thema decidendum*, que constituiria o mérito da causa. Como o Ministro Marco Aurélio, ao apreciar o próprio *meritum causae* e negar seguimento ao *mandamus*, fê-lo alegando que estaria apenas verificando se presente o pressuposto do direito líquido e certo, o Ministro Celso de Mello precisou explicitar o que se havia de entender por direito líquido e certo. Vale trazer à colação, na íntegra, o voto vencedor do preclaro Ministro:

“O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – Dou provimento ao agravo regimental, pois entendo não ser processualmente lícito ao Relator incursionar, na fase meramente introdutória do processo de mandado de segurança, na análise do *thema decidendum*, que constitui, por sua própria essência, o mérito da causa, a ser objeto de definitiva apreciação e resolução pelo plenário do S.T.F. A repulsa liminar à pretensão mandamental, deduzida pelo impetrante, sob a alegação de não lhe assistir o

⁷⁸ MS (AgRg) 21.143, red. P/acórdão CM, Plenário, 12.9.90, DJU de 15.3.1991, Lex 148/76.

direito material invocado, traduz inversão não autorizada dos termos e fases do processo. O eminente Relator, ao assim proceder, deslocou, para momento procedimentalmente inadequado, a resolução da lide, pré-julgando a questão de direito suscitada.

O conceito de direito líquido e certo, para os fins da ação civil de mandado de segurança, não constitui noção redutível à categoria do direito material reclamado pelo impetrante do writ. A formulação conceitual de direito líquido e certo, que **constitui requisito de cognoscibilidade da ação de segurança**, encerra, por isso mesmo, no plano de nossa dogmática jurídica, uma noção de **conteúdo eminentemente processual**. Incensurável, a respeito, o magistério doutrinário de Celso Ribeiro Bastos (“Do Mandado de Segurança”, p. 15, 1978, Saraiva), segundo o qual ‘...direito líquido e certo é conceito de ordem processual, que exige a comprovação dos **pressupostos fáticos da situação jurídica a preservar**. Conseqüentemente, **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.**”

Dentro dessa perspectiva, precedentes jurisprudenciais desta própria Corte (RE 79.257-BA, RTJ 83/130; RE 80.444-PB, RTJ 83/855), de que foi relator o Eminente Ministro Soares Muñoz, deixaram assinalado que o direito líquido e certo, apto a autorizar o ajuizamento da ação de mandado de segurança, **é, tão somente, aquele que pertine a fatos incontroversos, constatáveis de plano, mediante prova literal inequívoca:**

‘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’ (RTJ 83/130).

‘O mandado de segurança labora em torno de fatos certos e como tais se entendem aqueles cuja existência resulta de prova documental inequívoca...’ (RTJ 83/855).

É por essa razão que a doutrina acentua a incompatibilidade de qualquer dilação probatória no âmbito desse *writ* constitucional, que supõe a produção liminar pelo impetrante, das provas pré-constituídas destinadas a evidenciar a incontestabilidade do direito público subjetivo por ele titularizado. Por isso mesmo, adverte Hely Lopes Meirelles (‘Mandado de

Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de injunção e Habeas Data’, p. 14/15, 13ª ed., 1989, RT), Ás provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, **desde que acompanhem a inicial (...)** O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante.”

Essa comprovação documental traduz, para os efeitos da ação mandamental, um dever jurídico que vincula o impetrante, sobre cuja atividade incide, de modo indeclinável, a exigência de satisfação desse verdadeiro ônus processual, tanto que desatendido, legitima o indeferimento liminar da petição inicial. Note-se porém – e esta observação assume relevo jurídico-processual em face do presente caso – ‘O despacho de indeferimento da inicial, como é óbvio, não adentra o mérito da segurança (...) e não impede se repita a impetração em termos adequados às exigências processuais’ (Hely Lopes Meirelles, op. cit., p.50).

Vê-se, daí, nesse contexto, que o Relator, no desempenho dos poderes que lhe competem na direção e condução do processo, teria plenas condições jurídico-formais para, até se fosse o caso, indeferir a petição inicial com que impetrado o mandado de segurança, à minguada da necessária prova documental pré-constituída (v. Alfredo Buzaid, “Do Mandado de Segurança”, Vol. I/28, item n 128, 1989, Saraiva).

Esses poderes processuais do Relator, no entanto, que são essencialmente limitados, não lhes permitiam negar seguimento à ação de mandado de segurança, sob o fundamento de inexistência, no plano jurídico-material, do direito invocado pelo ora recorrente.

O ato decisório que se impugna causou, efetivamente, gravame ao interesse jurídico do impetrante, ora recorrente, razão pela peço vênia ao eminente Relator para dar provimento ao agravo regimental interposto e, em conseqüência, ordenar a audiência da douta Procuradora-Geral da República, eis que já prestadas as informações pelo Senhor Presidente da República. É o meu voto.”⁷⁹

O voto do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello passou a ser referendado nos julgados subseqüentes que se deparassem com semelhante indaga-

⁷⁹ MS (AgRg) 21.143-Rel.p/ Min. Marco Aurélio red. P/acórdão CM, Plenário, 12.9.90, DJU de 15.3.1991, Lex 148/76.

ção. Segue na mesma linha trilhada pelo Eminentíssimo Ministro a ementa do MS (AgRg) 21.188⁸⁰, também relatado pelo Ministro Marco Aurélio, novamente vencido:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. COMPETÊNCIA DO RELATOR. C.F., ART. 5º, LXOX; Lei nº 1.533/51, art. 1º e art. 8º.

I. Direito líquido e certo, que autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, diz respeito aos fatos. Se estes estão comprovados, de plano, é possível o aforamento do “writ”. Segue-se, então, a fase de acerto da relação fático-jurídica, na qual o juiz faz incidir a norma objetiva sobre os fatos. Se, dessa incidência entender o juiz nascido o direito subjetivo, deferirá a segurança.

II. O relator poderá indeferir a inicial, se os fatos que embasam o direito invocado são controvertidos; mas o acerto da relação fático-jurídica é da Corte.

III – Agravo Regimental provido.”

(grifos apostos)

Do cotejo dos julgados acima, bem como do próprio texto da novel Súmula, parece-nos inequívoco que o Supremo Tribunal Federal encampou, de modo definitivo, a tese processualista consoante a qual o atributo constitucional da liquidez e certeza diz respeito, **apenas**, à existência de prova pré-constituída, sem qualquer incursão naquilo que o Ministro Carlos Velloso, prolator do voto vencedor do Acórdão citado acima, convencionou chamar de “acerto da relação fático-jurídica”; em outras palavras: não envolve matéria de direito.

Assim, tem-se a consagração da doutrina vislumbrada pioneiramente por COSTA MANSO, em voto proferido ainda sob a vigência da Constituição de 1934, há quase setenta anos.

A tese materialista do direito incontestável, translúcido, evidente, fora de qualquer dúvida razoável etc. foi inequivocamente repelida. E, de fato, quando a súmula se utiliza da expressão “controvérsia de direito” para afirmar que esta

⁸⁰ STF. MS (AgRg) 21.188 – Rel.p/ Min. Marco Aurélio, red. P/acórdão CV, Plenário, 7.11.90, DJU de 19.4.91, RTJ 134/681;

não impede a concessão de segurança, parece ter querido reportar-se precisamente a essa linha de pensamento, refutando-a.

Parece-nos fora de dúvida, igualmente, que a Súmula em comento, bem como os ensinamentos contidos nos julgados que lhe deram ensejo, tiveram o condão de repelir **toda e qualquer incursão em matéria de direito**, inclusive aquelas que se dão a pretexto de verificar se o direito postulado possui “alto grau, em tese, de plausibilidade” (FERRAZ), ou um “um ‘quê’ de aparência” que indique uma certa “probabilidade de procedência da ação” (TEREZA ARRUDA ALVIM). Em suma: a doutrina que denominamos *sui generis* não encontra guarida em face da nova súmula do STF.

Com efeito, embora os julgados que renderam ensejo à súmula não tenham cogitado especificamente de tais formulações, seja para repudiá-las, seja para acatá-las, o que importa é que vedou a incursão no plano do “acertamento da relação fático-jurídica”, não sendo relevante a que título, ou sob a invocação de que técnica processual, ela se dê.

O que parece fundamental observar é que, quando a corrente *sui generis* coloca a plausibilidade ou a probabilidade de procedência como condições da ação ou de admissibilidade do *mandamus*, está, em verdade, sob tal rubrica, analisando matéria ou controvérsia de direito para verificar se presente o atributo da liquidez e certeza do direito. Deste modo, condiciona o exercício do direito de ação de segurança a um juízo sobre a matéria de direito, em perfeita semelhança com o que fizera o Ministro Marco Aurélio ao obstar a apreciação do *mandamus* que relatara pelo Plenário do STF.

Em suma: dizer se o direito tem ou não alto grau de plausibilidade ou perquirir sobre a probabilidade de sucesso da tese veiculada se trata de investigar controvérsia de direito. No mais, reportamo-nos aos argumentos contrários a essa concepção que foram expendidos no capítulo próprio.

CONCLUSÕES

1. A noção de Estado de Direito assenta-se na idéia fundamental de que o Poder se deve manter sob controle.

2. As declarações solenes de direitos fundamentais, ao lado da separação dos poderes da República e da reserva ao Judiciário da atribuição de, soberana e definitivamente, dizer o direito no caso concreto, não são suficientes para a efetiva tutela dos direitos individuais; faz-se mister a previsão, em nível constitucional e com *status* de cláusulas pétreas, de mecanismos idôneos à tutela eficaz de tais direitos;

3. Nessa ordem de idéias é que sobressai o mandado de segurança como garantia constitucional. Ação de natureza e rito especialíssimos, é o mais aperfeiçoado instrumento que o nosso sistema disponibiliza para a proteção genérica dos direitos dos cidadãos, individuais e coletivos, contra os atos do Poder Público eivados de ilegalidade e abuso de poder, o que se constata não só da análise teórica do procedimento que sua lei preconiza, mas sobretudo dos resultados práticos que a medida possibilita e da vulgarização de seu uso;

4. Para o cabimento da medida, a par da concorrência de pressupostos processuais (de existência e de validade) e condições da ação de cunho genérico, a ação de segurança exige a configuração de certos requisitos específicos, encontrados no dispositivo constitucional que a disciplina, dentre os quais desponta, como de basilar importância na estrutura do *mandamus*, o **direito líquido e certo**, pressuposto inarredável para a concessão da medida;

5. O mandado de segurança, é uma criação genuinamente brasileira, produto de nossa história e fruto das necessidades e exigências de nosso povo. Sua origem está intimamente relacionada à teoria da posse dos direitos pessoais e à doutrina brasileira do *habeas corpus*, expedientes de que se valeram os advogados da Velha República, à falta de instrumento específico, para a defesa dos direitos dos cidadãos em face do Poder Público. Não obstante, a doutrina costuma vislumbrar alguns antecedentes remotos do mandado de segurança, nos quais parece-nos ser possível visualizar, de modo objetivo, apenas alguns traços em comum;

6. Os interditos romanos se aproximavam do nosso *mandamus* no tocante à possibilidade de obtenção um provimento, *initio litis*, com o condão de obrigar o Poder Público à prática ou à abstenção de uma determinada conduta. Haveria em comum, portanto, a par da celeridade do procedimento, o caráter específico da execução da medida;

7. Nas chamadas “seguranças reais” previstas nas Ordenações Filipinas e Manuelinas, havia em comum, além da semelhança na denominação, o caráter mandamental da medida; por outro lado, a expressão contida nas Ordenações “razão justa de se temer” parecia conter as noções de *fumus boni iuris e periculum in mora*, pressupostos da liminar em mandado de segurança.

8. A verdadeira origem histórica do mandado de segurança, no entanto, encontra-se no desenvolvimento da teoria brasileira do *habeas corpus*. A expressão “direito líquido e certo” - num primeiro momento, “certo e incontestável” - surge precisamente do esforço retórico empreendido pelo Ministro PEDRO LESSA para acentuar a excepcionalidade com que os direitos civis ge-

néricos – diversos do direito de locomoção física – poderiam ser tutelados pela via estreita do *habeas corpus*, a única garantia constitucional prevista na Constituição de 1891. Das palavras de PEDRO LESSA, já se podiam antever as discussões que se desenrolariam em torno do conceito de direito líquido e certo, pois de seu célebre voto não era possível inferir o alcance que pretendeu dar à expressão.

9. No mandado de segurança, devido ao que denominamos “inversão fundametal”, a comprovação dos fatos alegados na inicial é deslocada da seara do mérito para a das condições da ação, já que, no *writ of mandamus*, a não comprovação dos fatos conduz à extinção do feito sem julgamento de mérito, e não a uma sentença de improcedência por ausência de provas;

10. A revelia não produz seus efeitos em mandado de segurança, pois se é ônus do autor comprovar o que alega com a inicial, se não houver tais provas e a autoridade se mantiver silente, o Juiz não poderá reputar verdadeiros os fatos alegados; deverá, sim, extinguir o feito sem julgamento de mérito, já que o impetrante seria carecedor do direito de ação de segurança;

11. É possível concluir, relativamente à concepção materialista, que, de acordo com essa corrente doutrinária, a perquirição acerca da presença do requisito constitucional em questão, implicaria, sim, além da análise da comprovação dos fatos alegados, uma incursão no plano do direito material. E esta se daria para verificar se o direito postulado, além de existente, seria, ademais, translúcido, evidente, ou, como prefere BUZAID, se teria o atributo da incontestabilidade;

12. Quanto à subsunção da tese materialista às categorias da Teoria do Processo, pode-se concluir que o direito “translúcido” ou “evidente” se apresentaria, de acordo com tal concepção, a um só tempo, como uma condição especial da ação de segurança e como pressuposto de uma sentença de procedência do pedido, conforme esteja ou não configurado o mencionado requisito. Se presente, seria caso de sentença de mérito pela procedência; se ausente, haveria de se extinguir a ação, sem julgamento de mérito.

13. De acordo com os paradigmas da tese materialista, não seria possível uma sentença de mérito denegatória em mandado de segurança, pois não seria concebível que o direito fosse, para efeito de conhecimento da ação, tido por evidente e incontroverso e, no mérito, considerado inexistente. Por tal razão, sob a prevalência de tal concepção, a sentença denegatória de segurança não faria coisa julgada contra o impetrante.

14. De acordo com a tese processualista, a que nos filiamos, a cláusula “direito líquido e certo” estaria a se referir apenas à exigência de que os fatos em

que se pretende fundar o direito estejam comprovados de plano, com a inicial, sendo inteiramente irrelevante, nessa concepção, a complexidade das questões de direito relacionadas à pretensão que se veicula.

15. Entendemos, na esteira da concepção processualista, que a perquirição acerca do requisito do direito líquido e certo não comporta, portanto, a qualquer título, incursão na fase de “acertamento da relação fático-jurídica”, vale dizer, em matéria de direito. De acordo com tal doutrina, a noção de direito líquido e certo se subsume à categoria de condição da ação, específica do mandado de segurança, condição essa especialíssima e que diz respeito, **exclusivamente**, à exigência de prova pré-constituída dos fatos alegados.

16. Como, de acordo com a posição que adotamos, a liquidez e certeza se referem aos fatos, e o direito, por sua vez, desde que existente, será sempre certo, entendemos ser de boa técnica processual que o magistrado, ao proferir sentença de mérito em mandado de segurança, proclame, simplesmente, que há ou que não há direito. Se por outro lado entender que os fatos realmente não estão comprovados, deverá extinguir o feito, por carência de ação, aduzindo que os fatos (e não o direito) alegados carecem dos atributos de liquidez e certeza.

17. Entendemos que a adoção da concepção processualista conduz **necessariamente** à superação da interpretação que se conferia à sumula 304 do STF, consoante a qual se entendia que sentença denegatória em mandado de segurança nunca poderia fazer coisa julgada contra o impetrante. Sendo o mandado de segurança uma ação de cognição exauriente *secundum eventum probationis*, poderá haver coisa julgada material contra o impetrante sempre que os fatos estiverem comprovados de plano e o juiz entender, no mérito, que o direito não existe.

18. As concepções *sui generis* parecem-nos ter como ponto fundamental em comum o fato de admitirem, na perquirição acerca da existência de direito líquido e certo, uma análise preliminar e, em certa medida superficial, da matéria de direito. Essa análise, em todas elas, far-se-ia a título de “juízo de admissibilidade da medida” e se assentaria na noção de “plausibilidade jurídica”. Essa invocação da plausibilidade jurídica parece-nos representar um renascimento, sob uma veste moderna e elegante, do velho preconceito do direito “translúcido”, “evidente” e “incontestável”. O “alto grau, em tese, de plausibilidade”, referido por SÉRGIO FERRAZ, sob qualquer sentido que se dê a tal expressão, não corresponde ao que se deve entender por direito líquido e certo.

19. Entendemos que, com a edição da Súmula 625 de nove de outubro de 2003, o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento encampado

pioneiramente pelo Ministro Costa Manso da concepção processualista do direito líquido e certo, a que nos filiamos.

20. Parece-nos fora de dúvida que o novo enunciado sumular, além de repelir a concepção tradicional do direito incontestável, translúcido, evidente, fora de qualquer dúvida razoável etc., teve também o condão afastar toda e qualquer incursão em matéria de direito, inclusive aquelas que se dão a pretexto de verificar se o direito postulado possui “alto grau, em tese, de plausibilidade”, ou um “um ‘quê’ de aparência” que indique uma certa “probabilidade de procedência da ação”. Em suma, entendemos que as concepções *sui generis* não encontram guarida na Súmula 625, do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais - Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ALVIM, Arruda. *Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo de Conhecimento - v. II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972.

ALVIM, Teresa Arruda. *Controle Jurisdicional dos atos do Estado*. V. 2 (Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial), 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

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

BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão.. *A Constituição Federal Comentada*. v. 3. Rio de Janeiro: Konfino, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “*A reforma da reforma*”. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- FERREIRA, Pinto. *Manual de direito Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FLAKS, Milton. *Mandado de Segurança – pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GUIMARÃES, Yves José de Miranda. *Comentários à Constituição (direitos e garantias individuais e coletivos)*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das liberdades*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MAXIMILIANO, Carlos, *Comentários à Constituição (1946)*. 5. ed., v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.
- MEIRELLES, Ely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e hábeas data*. 14ª ed., atualizada por Arnoldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1994.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais – teoria, prática e jurisprudência*.ed. 1. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NUNES, Castro. “*Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra o Poder Público*”. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988
- SANTOS, Ernani Fidelis. *Manual de direito processual civil*. 3 ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 1994.

SIDOU, Othon. *Do mandado de Segurança*, 2 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. V. 2. (Execução Obrigacional, Execução Real, Ações Mandamentais). 5 ed. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Tutela Jurisdicional das liberdades públicas*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 1991.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ARTIGOS:

BARBI, Celso Agrícola. *A Proteção do Cidadão contra Atos Ilegais da Administração Pública no Brasil*. In: Revista de Processo, a. 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1982. pp. 20-33.

BUENO, Cássio Scapinella. “Coisa Julgada e sentença denegatória em mandado de segurança.” In: *Revista de Processo*, a. 20, n. 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1995. pp. 223-235.

CARDOSO FILHO, Celso. “Alguns aspectos processuais do mandado de segurança”. In: *Revista de Processo*. a. 6, n. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 1981. pp. 79/89.

FERREIRA, Megbel Abdala Tanus. “Revisitando os pressupostos constitucionais do mandado de segurança”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, n. 35, abr./jun. 2001. pp. 132-134.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. “Mandado de segurança em matéria tributária – Efeitos da sentença.” In: *Revista Ajuze*, n. 39, dez. 1993. Edição Nacional. Organização Oficial da Associação dos Juízes Federais do Brasil. pp. 21-27.

MACHADO, Hugo de Brito. “Coisa julgada em matéria tributária”. In: *Revista de Direito Tributário*, a. 14, n. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set, 1990. pp. 99-111.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo. In: *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1998. p. 14-32.

NOGUEIRA, Luciano de Lara. “Mandado de segurança - breve estudo sobre a figura do mandado de segurança no Ordenamento Jurídico Nacional e Internacional -” *In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. 4, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar, 1996. pp. 161-173.

VELLOSO, Carlos Mário. Direito Líquido e Certo. Decadência. *In: FERRAZ, Sérgio. Cinquenta Anos de Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986. pp. 51-60.