

A LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA E AS MODIFICAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

TEORI ALBINO ZAVASCKI*

*Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Professor de Processo Civil na UFRGS*

1. Introdução: O Procedimento Sumário do Mandado de Segurança e a Colmatação de suas Lacunas

A ação de mandado de segurança tem sede e natureza constitucional: “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 de direito público”, dispõe o inc. LXIX do art. 5º da Carta Magna. No entanto, ressalvadas as poucas disposições a respeito da legitimação para o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX), a Constituição, que criou a ação, nada dispôs a respeito do seu processo ou do seu procedimento, temário que ficou, assim, da alçada do legislador ordinário.

O mandado de segurança tem procedimento especial disciplinado, basicamente, na Lei nº 1.533, de 31-12-51, e na Lei nº 4.348, de 26-06-64. Como ocorre em relação a todos os demais procedimentos especiais, também ao do mandado de segurança aplicam-se, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário. É o que se depreende do disposto no parágrafo único do art. 272 do CPC. Com efeito, anotou Barbosa Moreira que “esse instituto (referia-se ao mandado de segurança) não é um *monstrum* sem parentesco algum com o resto do universo, uma singular esquisitice legislativa, uma peça exótica, uma curiosidade a ser exibida em vitrina ou em jaula para assombro dos passantes; é uma ação, uma espécie de gênero bem conhecido e familiar,



* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 8 de maio de 2003.
ZAVASCKI, Teori Albino. A liminar em mandado de segurança e as modificações do Código de Processo Civil. **Ajuris**, v. 23, n. 68, p. 57-85, nov. 1996.

cujas peculiaridades, sem dúvida dignas de nota, não a desligam do convívio das outras espécies, não a retiram do contexto normal do ordenamento jurídico, não a condenam a degredo em ilha deserta. A semelhança do que acontece com as figuras congêneres, o mandado de segurança está contido no âmbito normativo do processo civil e submete-se aos respectivos princípios e normas, sem prejuízo da regulamentação especial que a ele especificamente dizem respeito" ¹.

Realmente, ao traçar disciplina procedimental especial à ação de segurança, o legislador limitou-se a dar destaque, o que é muito lógico e natural, aos aspectos que desejava ver realçados e tratados de modo peculiar, deixando de lado, na evidente suposição de que observariam as regras ordinárias, todos os demais, ainda que importantes. É compreensível, destarte, a omissão existente nas regras do procedimento especial a respeito de grande número de questões da maior relevância, também anotadas por Barbosa Moreira, como por exemplo a da capacidade das partes, a da contagem dos prazos, a da forma dos atos processuais, a da validade ou invalidade destes, a das circunstâncias que impedem ou tornam suspeito o Juiz, a dos requisitos essenciais à sentença, e assim por diante². Incompreensível seria negar que tais lacunas não fossem, ou não deversem ser, preenchidas pelas normas do procedimento ordinário.

Se o que se acabou de dizer parece o óbvio, a ênfase ao tema ainda assim se justifica, eis que, em se tratando de mandado de segurança, não é incomum encontrar-se, na doutrina e na jurisprudência, orientações que transitam na contramão da obviedade. Portanto, invocando o que disse Pontes de Miranda a respeito dos procedimentos especiais, não é demasia

¹ José Carlos Barbosa Moreira, *in* "Recorribilidade das Decisões Interlocutórias no Processo de Mandado de Segurança", "Revista Forense", nº 324, p. 75.

² "Recorribilidade...", *op. cit.*, p. 76.

insistir-se que, se no procedimento do mandado de segurança há lacuna, "tal lacuna da lei é só aparente, porque o que lhe falta e está nas regras jurídicas do procedimento ordinário enche o suposto vácuo" ³.

Ora, se o mandado de segurança é permeável às regras do procedimento ordinário, assume relevo examinar até que ponto foi ele atingido pelas modificações introduzidas nos últimos tempos no processo civil. Aqui, a atenção estará voltada para o tema relacionado com a medida liminar.

2. A Liminar em Mandado de Segurança: Pontos de Semelhança com o Art. 273 do CPC

O procedimento especial do mandado de segurança já continha previsão de antecipação liminar de efeitos da tutela, como forma de afastar eventual risco à efetividade da futura sentença concessiva. Com efeito, o art. 71, II, da Lei 1.533, de 1951, dispôs que "ao despachar a inicial, o Juiz ordenará (...) que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida".

Desde logo, pode-se perceber que, nesse dispositivo, há dois pontos de semelhança com os pressupostos introduzidos pelo art. 273 do CPC, para antecipação da tutela no procedimento ordinário. Com efeito, quando se diz no art. 273 do CPC, que a antecipação da tutela supõe "verossimilhança da alegação", não se está exigindo outra coisa senão que seja "relevante o fundamento" do pedido, E quando se diz que o juízo da verossimilhança deve estar amparado em "prova inequívoca", igualmente

³ Pontes de Miranda, *in* "Comentários ao Código de Processo Civil", Forense, 1974, Tomo III, p. 470.

não se está fazendo exigência diversa da que decorre da lei do mandado de segurança, onde a matéria de fato há de resultar evidenciada por prova preconstituída, acompanhando a inicial. Vale dizer, no momento de decidir sobre a liminar ("ao despachar a inicial"), supõe-se presente, também no mandado de segurança, "prova inequívoca" dos fatos alegados.

Por outro lado, o "fundado receio de risco de dano irreparável ou de difícil reparação", referido no inc. I do art. 273 do CPC, traduz a representação da mesma realidade figurada pelo legislador ao referir a possível "ineficácia da medida", resultante do ato impugnado pela ação de segurança.

"Verossimilhança da alegação" e "relevância do fundamento", "risco de dano irreparável" e "risco de ineficácia da sentença" são expressões de sentido aberto e fluido, mas nelas cabem realidades absolutamente semelhantes.

Não há dúvida, portanto, que a liminar em mandado de segurança constitui típica hipótese de antecipação de efeitos da tutela, semelhante à prevista no art. 273, I, do CPC. Quem lhe nega esse caráter antecipatório, geralmente parte do pressuposto equivocado de que antecipação é o mesmo que prejudgamento da causa.

Leia-se, por exemplo, o que escreveu Hely Lopes Meirelles: "A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final; é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. por isso mesmo não importa prejudgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão

irreparável, suspendendo provisoriamente os efeitos do ato impugnado: ⁴

Ora, também a antecipação prevista no art. 273, I, do CPC, não constitui prejudgamento da causa, nem afirma ou retira direito algum e nem produz efeitos jurídicos definitivos; e ela também tem por finalidade apenas acautelar direito ameaçado por risco de dano. Tais circunstâncias, contudo, de modo algum, comprometem sua natureza antecipatória, pois o que fixa tal natureza é o conteúdo da medida, e não sua finalidade. Quanto à finalidade, há identidade entre a medida cautelar e a antecipatória, já que ambas, em última análise e a seu modo próprio, visam a preservar a utilidade da função jurisdicional.

Na espécie do art. 273, I, para afastar o perigo de comprometimento ao processo, a técnica utilizada é a de antecipar, em caráter provisório, algum efeito executivo decorrente da futura sentença, sem que isso, obviamente, importe prejudgamento da causa. E é exatamente isso o que ocorre na liminar em mandado de segurança, conforme já acentuava Celso Agrícola Barbi: "Ordenando a suspensão, terá o Juiz antecipado em caráter 'provisório' a providência que caberá à sentença final e isso para 'evitar dano' que decorreria da natural demora na instrução do processo." ⁵

Nesse mesmo sentido, Calmon de Passos: "A liminar do *writ* é um adiantamento (provisoriedade) da tutela que se pretende obter a final (definitividade). Dessarte, nenhuma diferença substancial existe entre a liminar e a sentença final a ser proferida no pleito em que foi deferida ou indeferida. Só divergem no seu alcance: provisório, numa, por conseguinte

⁴ Hely Lopes Meirelles, in "Mandado de Segurança, Ação popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data", "RT", São Paulo, 121 ed., p. 50.

⁵ Celso Agrícola Barbi. in "Do Mandado de Segurança", Rio de Janeiro, Forense, 1980, 31 ed., p. 200.

resolúvel; definitivo na outra, por conseguinte apta a transitar em coisa julgada material. E também quanto aos pressupostos (...)." ⁶

3. A Liminar em Mandado de Segurança: Pontos de dessemelhança em Relação ao Art. 273 do CPC

Em três pontos, pelo menos, o art. 273 do CPC tem disciplina diversa, embora não necessariamente incompatível da prevista para a liminar em mandado de segurança: quanto ao momento da antecipação, quanto ao conteúdo da medida e quanto ao seu prazo de vigência.

3.1. Momento da antecipação

A antecipação da tutela no procedimento ordinário não tem um momento especificado na lei. Ela poderá ocorrer a qualquer tempo, no curso do processo, (a) desde quando se fizerem presentes as circunstâncias previstas no art. 273 do CPC e (b) enquanto não houver sentença ou acórdão apto a ser executado, definitiva ou provisoriamente. Já o art. 7º da Lei nº 1.533, de 1951, estabelece que o pronunciamento do Juiz sobre o pedido de liminar ocorre "ao despachar a inicial". Trata-se de disposição coerente com o figurino desse procedimento especial, em que toda a prova é preconstituída e a cargo do impetrante, a significar que a demonstração inequívoca da matéria fática, inclusive no que diz com o risco de ineficácia, deva ser contemporânea à peça vestibular.

Porém, nada impede que o Juiz se pronuncie sobre o pedido de liminar em outro momento do processo, por exemplo, após as informações da autoridade impetrada, como muitas vezes ocorre. Teoricamente é possível dar-se hipótese em que, denegada a ordem em primeiro grau, e estando o

⁶ J. J. Calmon de Passos, *in* "Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, *Habeas Data* - Constituição e Processo", Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 47.

processo no aguardo do julgamento do recurso, consiga o impetrante demonstrar ao tribunal a relevância do seu direito e o risco de dano irreparável. Não há dúvida de que também nesse caso, como ocorre no procedimento ordinário, poderá, o Relator, e até mesmo deverá, deferir a medida antecipatória apta a afastar o perigo de ineficácia do futuro julgamento da apelação.

Em outras palavras, o art. 7º da Lei do Mandado de Segurança não constitui empecilho à antecipação da tutela em outro momento processual que não o do despacho da inicial. Aplicam-se, aqui, inteiramente, as regras e princípios do procedimento comum ordinário.

3.2. Conteúdo da decisão liminar.

No que se refere ao conteúdo da medida antecipatória, o regime comum não traça qualquer limite restritivo: são passíveis de antecipação 'os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial (CPC, art. 273). As restrições que existem são unicamente as que decorrem (a) dos limites do pedido e (b) da finalidade da tutela provisória. Ou seja: (a) não são antecipáveis efeitos que não se comportem no âmbito da futura e eventual sentença de procedência, tais como os *ultra* ou *extra petita*; e (b) se a finalidade da antecipação é afastar um risco de dano ao direito, é evidente que só se podem antecipar efeitos que tenham habilitação inata para isso.

Não é por outra razão que sustentamos que os efeitos antecipáveis são os que, em alguma medida, têm aptidão para provocar ou para impedir mudanças na realidade fática. Só estes é que podem atingir, eficazmente, a finalidade da tutela provisória. Porém, ressalvadas essas limitações decorrentes do sistema, a medida antecipatória tem conteúdo amplo: pode consistir em ordem de comportamento omissivo ou comissivo

para o demandado, em autorização para que o demandante pratique ou deixe de praticar determinado ato, ou mesmo, em imposição ao demandado a satisfazer uma obrigação.

Já a Lei do Mandado de Segurança estabelece que, para evitar risco de ineficácia, o Juiz ordenará "que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido" (art. 7º, II). Não está prevista, na literalidade da lei, senão esse mandado de conteúdo marcadamente inibitório. Não faltaram, na doutrina, vozes de peso a advogar por interpretação restritiva a esse dispositivo, como a de Castro Nunes, para quem "a suspensão liminar supõe ato comissivo da autoridade. Só esse pode ser sobrestado ou suspenso" ⁷.

Mesmo na jurisprudência, embora raros, há precedentes sustentando que "a parte não tem direito de obter, em mandado de segurança, providência cautelar diversa (depósito da quantia questionada) da prevista em lei (suspensão dos efeitos do ato impugnado - art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51)" ⁸.

O que prevaleceu, no entanto, foi interpretação em outro sentido, sendo hoje pacificado em doutrina⁹ e sem maior questionamento na jurisprudência, o entendimento de que, em mandado de segurança, é perfeitamente cabível a liminar contra ato comissivo da autoridade impetrada, quanto ao ato omissivo ou indeferitório. Tanto se generalizou a interpretação ampliativa, que leis supervenientes foram editadas para proibir a concessão de liminares "visando à reclassificação ou equiparação de

⁷ Castro Nunes, *in* "Do Mandado de Segurança.", Rio de Janeiro, Forense, 1980, p.267.

⁸ Superior Tribunal de Justiça, RMS nº 323-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, unânime, julgado em 26-06-91, "RSTJ", nº 24, p. 201.

⁹ J. M. Othon Sidou, *in* "Do Mandado de Segurança", "RT", São Paulo, 3ª ed., 1969, p. 347; José da Silva Pacheco, *in* "O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas", "RT", São Paulo, 1991, p. 208; Carmem Lúcia Antunes Rocha, *in* "A Liminar no Mandado de Segurança", na obra coletiva "Mandados de Segurança e de Injunção", coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, São Paulo, 1990, p.206.

servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. (art. 5º da Lei nº 4.348, de 26-06-64), ou "para efeito de pagamentos e vantagens pecuniárias" (§ 4º do art. 1º da Lei nº 5021, de 09-06-66), ou ainda para "liberação de mercadorias, bens ou coisas de procedência estrangeira" (art. 1º da Lei nº 2.770, de 04-05-56), vedações que já estariam perfeitamente assentadas numa interpretação restritiva do art. 7º, II, antes referido.

A limitação do conteúdo da medida antecipatória no mandado de segurança não tinha sentido antes da reforma processual de 1994, e muito menos agora, depois dela. Não seria logicamente admissível que o mandado de segurança, esse instrumento constitucional para coibir atos ilegais ou abusivos de autoridades, ficasse privado de salvaguardas já integradas aos procedimentos comuns ordinários.

Assim, invocando-se, subsidiariamente, o poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC, já se permitia que, também em liminar de segurança, fossem concedidas medidas adequadas a evitar danos irreparáveis ao direito da parte, inclusive, se necessário, medidas de natureza antecipatória. Agora, após a reforma, com a generalização da possibilidade de antecipação da tutela em qualquer procedimento comum, com mais razão o repúdio a uma interpretação restritiva da lei do mandado de segurança.

Também nesse ponto, as normas do procedimento comum devem permear a lei especial, preenchendo-lhe vazios, atualizando-lhe o sentido, aperfeiçoando seus mecanismos, tornando-os aptos a exaurir sua finalidade constitucional, e isso impõe concluir-se que, inobstante a literalidade do art. 7º, II, da Lei do Mandado de Segurança, nada impede que, se necessário à salvaguarda da eficácia da futura decisão, venha o Juiz

deferir qualquer outra medida antecipatória que não a de, simplesmente, "suspender" o ato impugnado.

3.3. Prazo de eficácia da medida antecipatória

O art. 1º, letra *b*, da Lei nº 4.348, de 26-06-64, estabelece que a medida liminar concedida em mandado de segurança "somente terá eficácia pelo prazo de noventa dias da data da respectiva concessão, prorrogável por trinta dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação". Não há, no procedimento ordinário, regra semelhante.

Há quem sustente que o preceito limitador do prazo está viciado por "insuperável inconstitucionalidade" ¹⁰. Há, também, quem entenda estar revogada a limitação, por incompatibilidade com o Código de Processo Civil de 1973: "Diante da vigência do atual Código de Processo Civil, não mais prevalece a limitação de vigência da medida liminar, porquanto o poder geral de cautela conferido aos magistrados não se pode limitar em espaço de tempo", decidiu o antigo Tribunal Federal de Recursos ¹¹.

A tese da inconstitucionalidade foi repelida pelo Supremo Tribunal Federal, que, em decisão plenária, deixou assentado que "a concessão de liminar não assegura ao Juiz o direito de procrastinar o julgamento do mérito", e essa é razão para justificar que "nenhuma inconstitucionalidade macula o preceito moralizador imposto pelas circunstâncias e destinado a assegurar a regularidade e a celeridade no julgamento dos *writs*" ¹². Trata-se de orientação fundada em interpretação

¹⁰ Sérgio Ferraz, *in* "Mandado de Segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos.", Malheiros, São Paulo, 1993, 21 ed., p. 116.

¹¹ AG nº 54.321, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Pedro Acioli, DJ, de 17-10-88.

¹² Suspensão de Segurança, nº 140, Pleno, unânime, Rel. Min. Cordeiro Guerra, julgada em 08-08-84, "RTJ", 111/463.

teleológica do preceito limitador, cujo objetivo seria o de evitar procrastinações do julgamento definitivo.

Nessa direção caminham, também, influentes doutrinadores, como Hely Lopes Meirelles, que ressalva da incidência do prazo da liminar "situações excepcionais que justifiquem a sua subsistência por mais tempo"¹³, incluindo-se entre elas, no entender de Athos Gusmão Carneiro, a demora do julgamento para a qual não concorreu o impetrante ¹⁴.

A limitação do prazo de eficácia da liminar, como todas as demais formas restritivas às medidas de tutela provisória, deve ser interpretada e aplicada sem perder de vista a natureza e a função constitucional dessa espécie de medida. Relevantes os fundamentos da impetração, e presente o risco de ineficácia da futura sentença, a concessão de liminar para afastar a ameaça passa a ser um direito constitucional do impetrante. Conforme sustentamos em julgamento onde o tema foi enfrentado, "preservar o devido processo legal contra risco de ineficácia é direito constitucional do litigante, que independe de lei ordinária e especial.

"Não é preciso lei ordinária para que o Juiz conceda a liminar quando, ante a plausibilidade do direito, houver perigo de ser inútil a sentença final sem a medida antecipatória. A concessão de liminar, quando indispensável à preservação da utilidade da função jurisdicional do Estado, bem assim a proibição de concedê-la, salvo naquela hipótese, são preceitos que defluem do próprio sistema constitucional. Isso não significa que a legislação ordinária disciplinadora da matéria seja inconstitucional. Não.

"A legislação ordinária, no entanto, é de ser interpretada e

¹³ Hely Lopes Meirelles. *in* "Mandado de Segurança...", *op. cit.*, p. 53.

¹⁴ Athos Gusmão Carneiro, *in* "Anotações sobre o Mandado de Segurança Coletivo", *in* AJURIS", nº 54, p. 74.

aplicada segundo a Constituição. Em tempos e circunstâncias normais, justifica-se o preceito do art. III, letra *b*, da Lei nº 4.348, de 26-06-64, que fixa o prazo máximo de eficácia da liminar em mandado de segurança. No entanto, em circunstâncias anormais - como essa retratada pelo juízo agravado, que tem cerca de 8.000 processos sob sua condução -, a questão deve merecer tratamento especial. Há de se buscar a solução para o caso no princípio constitucional que há suporte à concessão de liminares.

"Dito princípio, como já se disse, é o que assegura à parte litigante submetida obrigatoriamente à jurisdição monopolizada pelo Estado - o direito a uma sentença potencialmente eficaz. Diante das circunstâncias, não podendo o Juiz sentenciar o feito nos prazos próprios, dado o extraordinário volume de processos na sua vara, a decisão de prorrogar o prazo de eficácia de liminares legitimamente concedidas em mandado de segurança tem, sem dúvida, apoio na Constituição" ¹⁵.

Sob esse enfoque constitucional, há de se dar razão a quem sustenta que a limitação do prazo de vigência de liminares regularmente concedidas (isto é, deferidas à vista de ameaça concreta de dano irreparável a direito relevante) somente terá legitimidade se a demora do julgamento decorrer de ato ou omissão causado pelo próprio impetrante. Do contrário, seu direito à liminar permanecerá incólume. Essa é, portanto, a linha interpretativa a ser dada à norma aqui em exame.

¹⁵ Voto proferido como Relator do AI nº 92.04.31486-PR, TRF-4º Região, 2º Turma. julgado em 17-12-92, que restou assim ementado: "Mandado de Segurança. Liminar. Prazo de eficácia. Art. 1º, *b*, da Lei nº 4.348/64. O direito à utilidade da jurisdição, que emana da Lei Maior, justifica, em circunstâncias anormais, a prorrogação do prazo de eficácia da medida liminar" (RTRF-4º, nº 13, p. 379).

4. Pontos Lacunosos da Lei do Mandado de Segurança

Vejam-se, agora, as lacunas da lei especial a respeito do procedimento a ser observado na antecipação da tutela em mandado de segurança, ou seja, na concessão da medida liminar. Há nela omissão, entre outras, quanto aos seguintes pontos, que, pela sua relevância, merecem exame: (a) necessidade, ou não, de pedido da parte impetrante, (b) forma da decisão, (c) exigência, ou não, de contracautela, (d) hipóteses e condições para revogação ou modificação da medida, (e) sua execução e (f) sua recorribilidade.

Advirta-se, desde logo, que a lacuna constatável é apenas na lei (ou nas leis) do procedimento especial, não no sistema de processo. Com efeito, ao procedimento especial aplicam-se, subsidiariamente, "as disposições gerais do procedimento ordinário", diz o art. 272 do CPC, e este é o método para cobrir os pontos lacunosos. Se, ainda assim, as lacunas persistirem, por insuficiência ou incompatibilidade das normas comuns, caberá recorrer "à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito", como determina o art. 126 do CPC, repetindo, no particular, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Como se vê, a lacuna da lei especial não constitui, uma lacuna autêntica. O silêncio do legislador, nesse ponto, é "um silêncio cheio de vozes", como diria Couture, dado que "o caso não-previsto contém, praticamente, todas as previsões possíveis" ¹⁶. Cabe, pois, buscar no sistema, mediante a utilização das técnicas acima referidas, a solução adequada para os pontos omissos.

¹⁶ Eduardo J. Couture, *in* "Interpretação das Leis Processuais", tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Forense, São Paulo, 2ª ed., p. 45.

4.1. Liminar de ofício: inviabilidade

Questão largamente controvertida na doutrina é a da possibilidade, ou não, da concessão de liminar em mandado de segurança sem pedido da parte impetrante. Quem advoga a legitimidade de atuação *ex officio* nessa seara - e não são poucos¹⁷ - tem como argumento básico o de que, incumbindo ao Juiz "a prestação eficiente da garantia constitucional do mandado de segurança, compete-lhe tomar todas as providências cabíveis para a realização da finalidade posta na norma fundamental e que é da sua estrita função ver aperfeiçoada, o que inclui, evidentemente, a medida acautelatória liminar asseguradora da plena eficácia do mandado que poderá vir, ao final, ser concedido"¹⁸, e daí natureza de "preceito cogente" do inc. II do art. 7º da Lei nº 1.533, de 1951¹⁹.

Convém assinalar que o uso do verbo no imperativo ("ordenará que se suspenda"), por si só não é argumento suficiente a justificar a dispensa do pedido da parte. Fosse assim, o próprio mandado definitivo deveria ser produzido de ofício, já que a norma constitucional, que o prevê, também é imperativa ("conceder-se-á mandado de segurança..."). Da mesma forma, a prestação eficiente da garantia da efetividade da jurisdição é devida pelo Juiz não apenas na ação de mandado de segurança, mas em todas as ações, e nem por isso se há de extrair daí a viabilidade generalizada da tutela jurisdicional ou de medidas acautelatórias sem pedido da parte,

¹⁷ José Carlos Barbosa Moreira, *in* "Recorribilidade das Decisões Interlocutórias no Processo de Mandado de Segurança", *op. cit.*, p. 75; Galeno Lacerda, *in* "Comentários ao Código de Processo Civil", Forense, Rio de Janeiro, VIII/68, Tomo I, 3ª ed., 1987; Sérgio Ferraz, *in* "Mandado de Segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos", *op. cit.*, p. 114; Adhemar Ferreira Maciel, *in* "Observações sobre a Liminar em Mandado de Segurança", na obra coletiva "Mandados de Segurança e de Injunção", citada, p. 234; Carmen Lúcia Antunes da Rocha, *in* "A Liminar no Mandado de Segurança", *op. cit.*, p. 218. Contra, Alfredo Buzaid, *in* "Do Mandado de Segurança", 1/213, São Paulo.

¹⁸ Carmen Lúcia Antunes da Rocha, *in* "A Liminar no Mandado de Segurança", *op. cit.*, p. 19.

¹⁹ Lacerda, Galeno. "Comentários...", *op. cit.*, p. 68.

abolindo-se do sistema processual o princípio dispositivo.

A sujeição da liminar do mandado de segurança a pedido da parte justifica-se por várias razões. Em primeiro lugar, pela aplicação subsidiária das normas do procedimento comum, tanto do cautelar, onde se prevê que as medidas provisórias sem audiência da parte só são admitidas "em casos excepcionais, expressamente autorizadas por lei" (CPC, art. 797), quanto do de conhecimento, onde a exigência de requerimento da parte é requisito exposto para a concessão de qualquer medida antecipatória (CPC, art. 273).

A aplicação subsidiária de tais preceitos reveste-se de peculiar evidência nos casos em que a liminar, no mandado de segurança, tenha conteúdo mais largo que a simples suspensão do ato impugnado. É que, nesses casos, o que sustenta a legitimidade da ampliação do conteúdo da medida para limites extravasantes ao da literalidade do art. 7º, II, da Lei nº 1.533, de 1951, é justamente a aplicação - em caráter de subsidiariedade - das normas gerais do processo. Não teria sentido que a invocação dessas normas se desse para um efeito e não para o outro.

Também a aplicação dos princípios gerais de Direito processual recomenda a não-concessão da liminar *ex officio*. Mais especificamente, por imposição do princípio dispositivo, concretizado nos arts. 2º e 128 do CPC²⁰, há de se deixar ao arbítrio da parte impetrante o pedido da providência. Cabe ao interessado avaliar os riscos decorrentes dessa medida. Com efeito, será de responsabilidade dele, impetrante interessado - e não do Juiz²¹ -, o

²⁰ Nesse sentido: Alfredo Buzaid, *in* "Do Mandado de Segurança", *op. cit.*, p. 213.

²¹ Há quem pense o contrário, como Sérgio Ferraz, para quem "existe responsabilidade pessoal inequívoca do Juiz que "concede mal ou denega mal, com abusiva infringência ao padrão de concessão ou de denegação de liminar" ("Mandado de Segurança", *op. cit.*, p. 121).

ressarcimento de qualquer dano que a medida, caso revogada futuramente, tiver causado²². É o que determinam os arts. 588, I, e 811 do CPC, aplicáveis à hipótese, por inarredável imposição da analogia.

4.2. Fundamentação

A fundamentação das decisões judiciais é requisito constitucional de sua validade (art. 93, IX, da CF), o que ninguém mais contesta. Poderia parecer dispensável acrescentar que essa fundamentação deve traduzir juízo de legalidade, e não de simples conveniência ou oportunidade, ou de qualquer outra natureza. Mesmo assim, a insistência no detalhe é relevante: aquilo que teoricamente aceito nem sempre é reproduzido em resultados práticos, e o exemplo mais claro disso é a divergência que grassa em torno do tema de que agora cuidaremos: o conteúdo dos fundamentos da decisão sobre liminar em mandado de segurança.

Não faltou quem visse nessa liminar "ato de mero expediente", e daí para concluir-se pela desnecessidade de fundamentá-la é apenas um passo. Também, há quem sustente tratar-se de ato adstrito ao "juízo discricionário" ou ao "livre arbítrio" do Juiz, querendo com isso dizer que sua concessão, ou não, depende exclusivamente de uma valoração pessoal que o Juiz tem sobre o caso, e isso, certamente, leva a que a respectiva fundamentação possa ser conduzida por razões também de cunho "pessoal" ou "discricionário", ou de "livre arbítrio", para não dizer "arbitrário". Ora, entre o juízo de valoração "pessoal", ou meramente discricionário (= de conveniência ou oportunidade), ou de "livre arbítrio", e a ausência de fundamentação jurídica, a diferença é quase nenhuma.

Os equívocos nesta seara são causados, em geral, pela utilização,

²² A propósito: Celso Agrícola Barbi, *in* "Do Mandado de Segurança", *op. cit.*, p. 214.

na lei, de palavras que traduzem conceitos jurídicos indeterminados, isto é, de conteúdo e extensão em larga medida incertos. Com efeito, é sabido que a linguagem jurídica nem sempre se vale de conceitos puramente descritivos, vale dizer, de "conceitos que metam 'descritivamente' objetos reais ou objetos que, de certa forma, participam com a realidade, isto é, que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer forma percepcionáveis", como os definiu Karl Engisch ²³.

Mais freqüente é a utilização dos chamados conceitos "normativos", a saber, "aqueles que, contrariamente aos conceitos descritivos, visam dados que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos ou percepcionáveis, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis"²⁴.

Geralmente com significativo grau de indeterminação, tais conceitos necessitam, para sua aplicação, de um "preenchimento valorativo", o que, entretanto, não significa juízo de discricionariedade. Ainda na lição de Engisch, "a indeterminação e a normatividade só por si não fazem ainda de um conceito um conceito discricionário"; para que isso ocorra, é necessário "que o ponto de vista pessoal daquele que faz a apreciação discricionária há de valer como decisivo" ²⁵.

Na verdade, o preenchimento de que carecem os conceitos indeterminados é preenchimento de valores, que são buscados, não na órbita puramente pessoal do Juiz, mas na própria ordem jurídica. Em outras palavras, a interpretação e a aplicação dos conceitos jurídicos

²³ Karl Engisch, *in* "Introdução ao Pensamento Jurídico", tradução de J. Batista Machado, Fundação Kalouste Gulbenkian, Lisboa, 3ª ed., p.174.

²⁴ Karl Engisch, *in op. cit.*, p. 176.

²⁵ Karl Engisch, *in op. cit.*, p. 181.

indeterminados pressupõem também valoração de caráter jurídico, e não de outra natureza. É por isso, aliás, que, também nesses casos, a decisão do Juiz está sujeita a controles por via de mecanismos jurídicos de revisão, o que não teria sentido algum se a decisão estivesse fundada em mero juízo pessoal ou discricionário.

No caso da liminar em mandado de segurança, a utilização, pela lei, de conceitos eminentemente indeterminados, como "relevância do fundamento" e "risco de ineficácia", ensejou a muitos imaginar que a concretização, ou não, da medida estivesse desvinculada de outras amarras que não a da "discrição" do Juiz, cuja decisão a respeito seria, conseqüentemente, insuscetível de controle pela via recursal ou por mandado de segurança. Não é assim, no entanto. Como ocorre em relação a todos os demais conceitos indeterminados, também aqui cabe ao Juiz demonstrar, circunstanciadamente, o porquê da relevância e do risco de ineficácia, e esse deve ser o conteúdo de sua fundamentação.

Como escreveu Celso Antônio Bandeira de Mello, "o pronunciamento jurisdicional concessivo ou denegatório de liminar em mandado de segurança não pode, de modo algum, ser havido como ato expressivo de discrição, à moda do que ocorre nos atos administrativos. A razão disto é simples. Mais do que simples, é óbvia. A saber: o próprio dos órgãos jurisdicionais é dizer o direito. O título jurídico qualificador deles é exata e precisamente este mesmo exprimir aquilo que o direito é no caso concreto; não aquilo que o direito pode ou poderia ser. Há, pois, uma oposição entre tais atos e os atos discricionários, visto que estes últimos presumem alternativas.

"Quando alguém usa discrição, está tomando uma decisão que, ante o Direito vigente, pode ser de tal modo, tanto como poderia ser de

outro modo. Na pronúncia jurisdicional, não. A decisão tomada exprime que alguém faz jus a uma dada providência; que é direito de alguém; que é devido ao postulante o que pediu, ou, reversamente, que não é devido. Jamais resultaria de uma decisão judicial a afirmação de que tal direito 'pode ser reconhecido' tanto quanto 'poderia não sê-lo'. Seria absurdo dizer-se, em um dado caso concreto e perante norma aplicável, que alguém tem, ou então não tem, dado direito. Que são alternativas igualmente sufragadas pelo Direito" ²⁶.

Pelas razões expostas, não pode haver dúvida de que a decisão sobre liminar em mandado de segurança, seja para concedê-la, seja para denegá-la, deverá circunstanciar seus fundamentos determinantes, à semelhança do estabelecido, para o procedimento comum, pelo § 1º do art. 273 do CPC, segundo o qual, "na antecipação da tutela, o Juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento".

4.3. Imposição de contracautela

Questão de suma relevância prática, a cujo respeito a lei especial é omissa, é a que diz respeito à possibilidade, ou não, de subordinar a concessão da medida liminar à outorga de contracautela pelo impetrante. O tema é controvertido na jurisprudência, notadamente no Superior Tribunal de Justiça. Para uma corrente de opinião, a exigência é descabida em mandado de segurança, porque "não se ajusta à índole dessa ação de natureza constitucional"²⁷, de modo que, "presentes os requisitos necessários à liminar (art. 7º, II, da Lei nº 1.533/ 51), de regra, os seus

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* "Mandado de Segurança contra Denegação ou concessão de Liminar", RDP nº 92, p. 58.

²⁷ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, ROMS nº 324-90, maioria, Rel. Min. José de Jesus Filho, DOJ, de 22-11-93, p. 24.922.

efeitos imediatos e imperativos não podem ser obstados pela contracautela"²⁸. Já para outra, a exigência é inteiramente lícita, com "respaldo no poder geral de cautela que a lei processual civil confere ao magistrado" ²⁹.

Em nosso entender, as melhores razões estão com essa última corrente jurisprudencial. Com efeito, se invoca o poder geral de cautela para ampliar o conteúdo material da liminar em mandado de segurança, libertando-o das amarras restritivas impostas pela literalidade do inc. II do art. 7º da Lei nº 1.533, de 1951, não tem sentido lógico impedir que se invoque o mesmo poder quando se trata de exigir a correspondente contracautela. Assim, desde logo se há de ter como legítima a exigência da garantia nas hipóteses em que a liminar for de conteúdo diverso da simples suspensão do ato impugnado ³⁰.

Mas não apenas naqueles casos a exigência é cabível, senão que também em todos os demais em que o cumprimento da liminar importe situação de duvidosa recomposição dos danos ou de comprometimento ao retorno ao *status quo ante*. Com efeito, é preciso ter presente que a liminar é medida jurisdicional de caráter provisório e que, por mais evidente que possa parecer ao Juiz o direito afirmado na inicial, sempre é possível que a outro Juiz ou ao tribunal, tal evidência não se demonstre tão clara.

²⁸ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, R. Esp. Nº 52.881-94, unânime. Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ, de 25-09-95, p. 31.077.

²⁹ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, R. Esp. Nº 46.919-94, unânime, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ, de 28-11-94, p. 32.576. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, ROMS nº 1.700-92, unânime, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ, de 28-11-94, p. 32.598.

³⁰ Essa linha de orientação foi adotada pela 2ª Turma do TRF-4ª Região, que considerou legítima a exigência de contracautela "na concessão de liminar em mandado de segurança, nas hipóteses em que a providência requerida for de conteúdo diverso do previsto no art. 7º da Lei nº 1.533/51" (MS nº 92.04.22449-5/PR, Relator Juiz Teori Albino Zavascki, julgado em 29-04-93, *in* RTRF-4º, nº 14, p.277).

Assim, a possibilidade de revogação da medida é fato que não pode ser antecipadamente descartado, e, se vier a ocorrer, será imperioso o retorno das partes à situação anterior. Ademais, também importa considerar que é da inteira responsabilidade do impetrante o ressarcimento dos danos causados pela execução provisória da medida, caso essa venha a ser abortada. E, finalmente, não se pode esquecer que, assim como o impetrante tem direito à tutela provisória para afastar risco de dano ao direito afirmado em juízo, também a Administração tem o direito a ver recomposto seu patrimônio - que é público - caso seja ela a vitoriosa na demanda.

Conforme acentuou Hugo de Brito Machado, defendendo a exigência, em certos casos, de depósito do valor do tributo questionado, como contracautela na concessão de liminar, "tanto quanto o autor, o réu também tem direito a uma decisão eficaz. Se o deferimento da liminar coloca em grave risco a eficácia da sentença porventura favorável ao réu, o depósito deve ser exigido" ³¹.

Não se pode concordar, por isso, com a afirmação de que a exigência de contracautela é incompatível com a garantia constitucional do mandado de segurança. Ao contrário: é exatamente da Constituição que essa medida retira a sua legitimidade. O direito constitucional à utilidade da jurisdição, mesmo em mandado de segurança, existe tanto em favor do impetrante quanto do impetrado. Não teria sentido que, a pretexto de afastar perigo ao direito de um, se viesse a criar situação de risco ao direito do outro. Por isso, para garantir o direito do impetrado de não sofrer dano irreparável, não só é cabível, senão que é também imposição constitucional

³¹ Hugo de Brito Machado, *in* "Questões de Direito Processual Tributário", *apud* "Caderno de Pesquisas Tributário - Volume 19", obra coletiva, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Resenha Tributária, SP, 1994, p. 88.

indeclinável, que o Juiz, ao conceder liminar, exija do impetrante as garantias julgadas necessárias à eventual recomposição do *status quo ante*.

A contracautela na concessão de liminar em mandado de segurança, em suma, é cabível pelos mesmos fundamentos, nas mesmas hipóteses e com a mesma finalidade que impõem sua exigência nos casos de antecipação da tutela em procedimento comum.

4.4. Antecipação da tutela em caso de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da entidade impetrada

No procedimento especial do mandado de segurança, prevê-se que "será decretada a preempção ou a caducidade da medida liminar *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público, quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo, deixar de promover, por mais de três dias, os atos e diligências que lhe cumprirem, ou abandonar a causa por mais de vinte dias" (Lei nº 4.348, de 26-06-64). Trata-se de hipóteses de difícil verificação no plano da realidade, pois, a rigor, além da petição inicial, com a qual deve ser juntada toda a prova, e lançados todos os requerimentos requisitórios necessários (art. 6º e seu parágrafo da Lei nº 1.533, de 1951), nenhum outro "ato ou diligência" ficará a cargo da parte impetrante.

Mais provável é a ocorrência da hipótese inversa, ou seja, que a autoridade impetrada crie embaraços ao normal andamento do processo, negando-se, por exemplo, ou retardando, a fornecer ou a exhibir documento em seu poder, requisitado com base no dispositivo supra-referido.

Nesse último caso, ou em qualquer outro em que se tornar evidente o propósito protelatório ou o abuso do direito de defesa da entidade impetrada, caberia indagar, ante a omissão da lei especial, sobre a

possibilidade de antecipar a tutela, com fundamento no art. 273, II, do CPC. A resposta é certamente afirmativa, sempre ao fundamento de que se aplicam ao procedimento especial, "subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário" (CPC, art. 272). Não teria sentido privar a ação de mandado de segurança, que se quer ágil e expedita, desse importante mecanismo impulsionador da celeridade.

Assim, sem prejuízo de outras medidas cabíveis (*v. g.*, busca e apreensão do documento), é viável antecipação da tutela em mandado de segurança quando, cumpridos os requisitos do *caput* do art. 273 do CPC, resultar caracterizado abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da autoridade impetrada ou da pessoa jurídica demandada.

4.5. Revogação ou modificação da liminar

No procedimento comum, "a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada" (§ 3º do art. 273 do CPC). É providência cabível, basicamente, em duas situações: (a) com a mudança do estado de fato, ou (b) com o aprofundamento da cognição sobre o direito afirmado, em função, inclusive, da mudança do estado da prova. No primeiro caso (a), a mudança da situação fática poderá evidenciar (a.1) o desaparecimento ou a mitigação da situação de urgência anteriormente existente, ou então (a.2) o surgimento de situação de p_rigo que antes não se configurava. E, com o aprofundamento da cognição (b), é possível que fique demonstrada (b.1) a inverossimilhança do direito que se aparentava verossímil, ou (b.2) a verossimilhança do direito que antes não parecia evidenciada.

A configuração dessas hipóteses é perfeitamente viável também em mandado de segurança. Pode-se dar, por exemplo, e isso na prática

ocorre freqüentemente, que aquilo que parecia verdade à luz das razões e dos documentos juntados pelo impetrante, e que motivou a concessão de liminar, deixa de parecê-lo após a prestação das informações e das novas provas trazidas pela autoridade impetrada.

Pois bem, embora a lei do procedimento especial apenas preveja a revogação da liminar em casos de perda de eficácia por decurso de prazo e de perempção ou caducidade por ato ou omissão abusiva ou abandono da causa pelo impetrante (arts. 1º, *b*, e 2º da Lei nº 4.348, de 1964), sempre se entendeu cabível sua revogação também em outras situações. A revogabilidade e a modificabilidade, com efeito, são providências inerentes à natureza dessa espécie de tutela, provisória e precária. É assim que se dá, também, em relação às liminares na ação cautelar (CPC, art. 807).

Portanto, a revogação ou a modificação da medida liminar em mandado de segurança pode ocorrer nos mesmos casos e sob as mesmas condições que isso é cabível no procedimento comum ordinário. A decisão produz efeitos imediatos, restabelecendo-se o *status quo*, se revogatória, ou implantando-se desde logo a nova situação, se a medida for modificativa da anterior.

Persistindo a liminar até a sentença, e sendo essa denegatória do mandado pleiteado, a revogação ocorrerá implicitamente, e sua eficácia será *ex tunc*. Essa a orientação da Súmula nº 405 do STF³².

³² "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo (leia-se, atualmente, apelação) dela interposto. fica sem efeito a liminar concedida retroagindo os efeitos da decisão contrária" (Súmula nº 405 do STF).

4.6. Recorribilidade das decisões sobre liminar em mandado de segurança

As normas do procedimento especial do mandado de segurança são omissas a respeito da recorribilidade das decisões interlocutórias que nele vierem a ser proferidas, como por exemplo - e essa é a mais comum - a que decide sobre o pedido de liminar. O entendimento até agora predominante é o de que se trata de decisões irrecorríveis, daí a razão pela qual se tem utilizado, para controlá-las, a via autônoma de outro mandado de segurança, alternativa que igualmente encontra resistência de forte corrente jurisprudencial.

Os fundamentos alinhados pelos defensores da irrecorribilidade são basicamente dois. Primeiro: a lei especial do mandado de segurança traçou sistema recursal especial para esse procedimento, de modo que, obediente à máxima de que *inclusione unius fit exclusio alterius*, não há falar-se em aplicação subsidiária do procedimento comum; ademais, no que se refere especificamente à liminar, a lei especial prevê mecanismo próprio de controle, que é o pedido de suspensão (art. 4º da Lei nº 4.348, de 26-06-64), a afastar o cabimento de agravo³³. Segundo fundamento: o agravo de instrumento é recurso incompatível com o procedimento ágil e célere do mandado de segurança³⁴.

³³ A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou esse fundamento no ROMS nº 5.247-94, julgado em 30-08-95, DJ, de 02-10-95, p. 32.328, unânime, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, cuja ementa afirma: Contra deferimento de liminar em mandado de segurança descabe qualquer outro remédio processual senão aquele (suspensão) previsto no art. 4º da Lei nº 4.348/64, cujo procedimento não pode ser substituído por liminar em outra segurança. A jurisprudência tem proclamado ser inviável o agravo de instrumento, em mandado de segurança, porquanto os recursos cabíveis, em primeira instância, são os definidos na lei específica (Lei.nº 1.533/51, arts. 8º e 12)”.

³⁴ A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou esse fundamento no R. Esp. Nº 60.926-95, julgado em 17-05-95, DJ, de 28-08-95, p. 26.570, maioria, Rel. Min. Demócrito Reinaldo; e no R. Esp. Nº 68.345-95, julgado em 13-09-95, DJ, de 23-10-95, p. 35.627, maioria, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, em cuja ementa se afirma: Os recursos cabíveis, no

No que se refere ao primeiro fundamento, a Lei nº 1.533, de 1951, efetivamente faz menção a recurso apenas quando trata da sentença que indefere liminarmente a petição inicial (art. 8º) e da que, ao final, julga a ação (art. 1º). Terá havido aí intenção de excluir a possibilidade de recurso em relação às demais decisões proferidas no processo, ou se trata, simplesmente, de caso de lacuna, a ser preenchida pela utilização da analogia ou pela aplicação subsidiária do CPC?

Quem defende a primeira alternativa, a que nega a recorribilidade das decisões interlocutórias, utiliza o argumento *a contrario sensu*: se a lei arrolou expressamente as decisões sujeitas a recurso em mandado de segurança, *a contrario sensu*, excluiu a possibilidade de recurso em relação às demais. Já os que defendem a recorribilidade, invocam o argumento da analogia, que leva a resultado exatamente inverso: se a lei especial não previu o recurso cabível das decisões interlocutórias, preenche-se o vazio pela aplicação da regra disciplinadora do caso análogo.

Ora, a atividade de interpretação impõe ao jurista, freqüentemente, tal espécie de encruzilhada: o argumento *a contrario* ou o argumento da analogia. É clássico o exemplo, da Lei das Doze Tábuas, segundo a qual o proprietário de um "quadrúpede" responde pelos prejuízos que o animal tenha causado.

"Ora", explica Karl Engisch, que figurou a hipótese, "levantou-se a questão da responsabilidade do proprietário pelos prejuízos causados por um animal bípede, por exemplo, um avestruz africano. Se mantivermos o ponto de vista de que, através duma 'simples interpretação', um animal bípede não pode ser convertido num 'quadrúpede', achamo-nos perante a

processo do mandado de segurança, são os previstos em lei (arts. 8º e 1º da Lei nº 1.533/51), sendo a sua feição de procedimento célere incompatível com o agravo de

alternativa: argumento de analogia ou argumento a *contrario*. No puro plano lógico-formal estes dois argumentos, que conduzem a resultados completamente diferentes, têm a mesma legitimidade. Tanto se pode dizer que aquilo que vale para os quadrúpedes deve valer também, em virtude da semelhança, para os bípedes, como se pode concluir que aquilo que é prescrito em relação a quadrúpedes não pode valer para outros animais".

E, lembrando que "os próprios romanos preferiram o argumento de analogia", acrescenta que "a escolha entre o argumento de analogia e o argumento a *contrario* não pode de fato fazer-se no plano da pura lógica. A lógica tem-se que combinar com a teleológica" ³⁵.

Assim, e voltando para o tema das interlocutórias em mandado de segurança, a escolha de um ou outro argumento ficará facilitada se conseguirmos identificar, teleologicamente, se houve, ou não, intenção do legislador de negar recurso àquelas decisões. Pois bem: o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Eduardo Ribeiro de Oliveira, em estudo específico sobre o tema, demonstrou não ter havido intenção alguma, na lei, de excluir a recorribilidade das interlocutórias.

A razão pela qual a lei do mandado de segurança dispôs sobre recursos foi outra. Vale reproduzir suas conclusões, que, fincadas em interpretação histórica, repelem o argumento a *contrario*: "Enquanto regulado o mandado de segurança pelos arts. 319 a 331 do Código de 1939, o lógico seria, em princípio, que fossem admissíveis a apelação para as sentenças de mérito e o agravo de petição para as sentenças terminativas. Ocorre que (...) tais recursos tinham, em regra, efeito suspensivo, incompatível com a sentença concessiva de mandado de segurança, que

instrumento."

³⁵ Karl Engisch, *in op. cit.*, p. 237.



deve ser desde logo executada. Daí as dúvidas surgidas. Com a Lei nº 1.533/51, pretendeu-se deixar claro o ponto.

Elegeu-se o agravo de petição, recurso de processamento mais rápido, fazendo-o cabível ainda para os casos em que adequada a apelação. A lei teve como objetivo fixar-se em um recurso, superando perplexidades, e fazer com que o rito mais célere fosse adotado. E dispendo que o recurso de ofício não tinha efeito suspensivo, ficou evidente também não o teria o voluntário. Nesse contexto, não há razão alguma para supor-se que se pretendia excluir a admissibilidade de outros recursos. Abolindo, o vigente Código, o agravo de petição, a Lei nº 6.014/73, substituiu-o por apelação, como o fez relativamente a várias outras leis extravagantes. Vê-se que há razão muito clara para a menção à apelação na lei do mandado de segurança, não se justificando em absoluto a conclusão a que chegaram os que pretendem, com base nisso, sustentar que os outros recursos não seriam cabíveis..³⁶

Se, como demonstrado, o legislador não pretendeu excluir do mandado de segurança outros recursos que não o da apelação, resta inquestionável a possibilidade da invocação subsidiária e analógica das regras de Direito Processual comum, como, aliás, ocorre, sem contestação alguma, em relação ao recurso de embargos declaratórios. Conforme refere Barbosa Moreira, seria absurdo que "brada aos céus" - negar-se, ao argumento do silêncio da lei, a utilização desse remédio recursal para decisões obscuras, omissas ou contraditórias³⁷.

Redargüiu-se que, especificamente no caso de medida liminar,

³⁶ Eduardo Ribeiro de Oliveira, *in* "Recursos em Mandado de Segurança", *in* "Mandados de Segurança e de Injunção", obra coletiva, citada, p. 282.

³⁷ "Recorribilidade...", *op, cit,* , p. 76.

não há omissão alguma, já que a lei criou mecanismo próprio para controle da decisão: o pedido de suspensão, previsto no art. 4º da Lei nº 4.348, de 1964.

O argumento não procede por várias razões. Em primeiro lugar, porque o pedido de suspensão não é recurso. Com ele não há reforma ou cassação da decisão e seu atendimento independe da legalidade, ou não, da liminar deferida. Em outras palavras: pode haver suspensão da execução ainda quando a liminar tenha sido concedida legitimamente, à luz do que dispõe o art. 7º, II, da Lei nº 1.533, de 1951, pois o seu pressuposto é outro, o da possibilidade de ocorrer, com o cumprimento da medida, "grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas". E, ainda que de recurso se tratasse, ele somente seria cabível das decisões concessivas, e não das indeferitórias da liminar, o que não solveria a questão.

Ademais, é evidente que, com o mecanismo do pedido de suspensão, não teve o legislador qualquer intenção de suprimir o recurso próprio. Basta ver que no mesmo art. 4º, citado, há expressa referência ao "respectivo recurso". O pedido de suspensão pode ser feito não apenas em relação à liminar, mas também em relação à sentença definitiva, e ninguém se aventuraria a, com base nisso, negar cabimento ao recurso de apelação contra tal sentença.

Finalmente, e ainda nesse tópico: a partir da Lei nº 8.437, de 1992, o pedido de suspensão é cabível não, apenas em mandado de segurança, mas, de liminares em todas as "ações movidas contra o Poder Público e seus agentes" (art. 4º), e isso inclui a ação civil pública, a ação popular, e, com a universalização da tutela antecipatória, as liminares em qualquer ação em que seja demandada pessoa jurídica de direito público. Desse modo, a se admitir que o pedido de suspensão é excludente do

recurso próprio, de agravo, ter-se-á de concluir, absurdamente, serem irrecorríveis as decisões sobre liminar em todas aquelas hipóteses.

O segundo principal fundamento dos que defendem a irrecorribilidade das interlocutórias em mandado de segurança é o de que o agravo de instrumento é incompatível com a celeridade e a agilidade que a lei impôs a esse remédio constitucional. O argumento teve respeitável peso até o advento da Lei nº 9.139, de 30-11-95.

Com efeito, na moldura original prevista no Código de Processo Civil de 1973, o recurso de agravo de instrumento era processado perante o juízo de primeira instância, por fórmula que previa, além da interposição (prazo de cinco dias), o despacho de deferimento da sua formação, o prazo para o agravado indicar peças (cinco dias), a extração, conferência e traslado (quinze dias, prorrogáveis por mais dez), o prazo para o agravante se manifestar sobre documento novo juntado pela agravado (cinco dias), o prazo para o agravado responder (cinco dias), a elaboração e a publicação da conta, o prazo para o preparo (dez dias), o juízo de retratação e, finalmente, a remessa dos autos ao tribunal (dez dias). Isso sem falar no tempo que inevitavelmente mediava entre a prática de cada um desses atos, quase todos precedidos de intimação das partes.

Ora, a ação de mandado de segurança (com "prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas-corpus", segundo o art. 17 da Lei nº 1.533, de 1951), tem processamento bem mais rápido: dez dias para as informações da autoridade impetrada, cinco dias para o parecer do Ministério Público, e mais cinco dias para a prolação da sentença. Desse modo, o recurso de apelação chegaria ao tribunal, pelo menos em tese, em prazo bem menor que o do recurso do agravo. Daí afirmar-se que dito recurso não se compadecia "com a índole do mandado de segurança", sendo mais

adequado relegar-se o controle das decisões interlocutórias, que "não operam preclusão (...), qual Ido os autos subirem ao tribunal por apelação da parte vencida". É a doutrina de Alfredo Buzaid³⁸, com larga aceitação na jurisprudência.

A adoção desse entendimento impunha a busca de vias alternativas, especialmente a da impetração de outro mandado de segurança, para evitar que a concessão de liminar, ou o seu indeferimento, viessem a comprometer a eficácia da ação mandamental ou criar situação irreparável ao direito de uma das partes.

Atualmente, porém, com a nova feição do recurso de agravo de instrumento, a situação é inteiramente diversa. Hoje, esse recurso é "dirigido diretamente ao tribunal competente" (CP, art. 524), onde será "distribuído incontinenti" (art. 527) e submetido, de imediato, a juízo liminar do Relator, que poderá, se for o caso, "atribuir efeito suspensivo" ou mesmo deferir outra medida adequada a salvaguardar o direito de eventuais riscos de lesão. Portanto, o agravo de instrumento é, entre todos, o recurso que propicia o mais pronto reexame do tema controvertido, equiparando-se, com a conseqüência de torná-lo dispensável, ao meio substitutivo anteriormente utilizado, ou seja, o segundo mandado de segurança³⁹.

³⁸ "Do Mandado de Segurança", *op. Cit.*, p. 261.

³⁹ A 2ª Turma do TRF da 4ª Região, no julgamento do MS nº 96.04.36426-0/PR, de que fui Relator, em sessão de 04-07-96, orientou-se de conformidade com a seguinte ementa: "Mandado. de segurança. Ato judicial. Indeferimento liminar em outro mandado de segurança. Descabimento. 1. A partir da vigência da Lei nº 9.139, de 30-11-95, que deu nova configuração ao agravo de instrumento, não há mais substância alguma no, momento de que esse recurso é incompatível com a índole do mandado de segurança. Pelo contrário: é a via recursal mais afinada com a celeridade que se pretende impor á ação constitucional. Trata-se de recurso que propicia o mais pronto e completo reexame da decisão recorrida. Interposto diretamente no Tribunal, é ele imediatamente distribuído ao Relator que, sendo relevantes os fundamentos e ante risco de ineficácia, poderá determinar as providências consistentes na antecipação do futuro e provável juízo de provimento do recurso, não só para o efeito de suspender o cumprimento do ato agravado, como também, sendo ele

Assim, pois, não há mais substância alguma no argumento de que o agravo é recurso incompatível com a "índole" do mandado de segurança. Pelo contrário: é a via recursal mais afinada com a celeridade que se pretende impor à ação constitucional. Nesse sentido já caminha a jurisprudência.

4.7. Mandado de segurança de competência originária dos tribunais: controle das decisões do Relator

Dispõe o art. 14 da Lei nº 1.533, de 1951, que "nos casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais, caberá ao Relator a instrução do processo" do mandado de segurança. Nada refere sobre a competência para apreciar pedido de liminar (certamente não-enquadrável como ato de "instrução"), nem sobre os meios de controle, pela Corte, dos atos individuais do Relator. São as normas regimentais que delegam ao Relator a decisão sobre o pedido de liminar. No caso do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a delegação consta, respectivamente, dos arts. 203, § 3º, e 213, § 1º, do Regimento Interno.

Questiona-se, todavia, sobre o cabimento, ou não, de agravo regimental dessa decisão. No Supremo Tribunal Federal, sempre foi tida por "firme a jurisprudência (...) no sentido do descabimento de agravo regimental contra decisão de Relator, que, em processo de mandado de segurança, de competência originária da Corte, defere ou indefere liminar"⁴⁰, isso inobstante o dispositivo regimental segundo o qual as decisões do Relator, em regra, estão sujeitas àquela espécie de controle (art. 317).

omissivo ou indeferit6rio, para adiantar a tutela negada. 2. Assim, as decisões interlocutórias em mandado de segurança estão sujeitas, atualmente, a agravo de instrumento. Desse modo, o ajuizamento de novo mandado de segurança contra ditas decisões, além de dispensável por desnecessário, é incabível, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 1.533, de 1951".

⁴⁰ MS nº 21.684, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 16-06-93, maioria, "RTJ", 149/803.

Nos últimos tempos, contudo, essa orientação tem sido contestada por expressiva corrente de votos vencidos⁴¹, e chegou a ser desprezada pelo Plenário, na sessão do dia 07-10-93, no julgamento do Agravo Regimental nº 21.154-6⁴².

No Superior Tribunal de Justiça, cujo Regimento Interno também prevê o cabimento de agravo regimental contra decisões de Relator (art. 278), a orientação predominante é a de que tal regra se aplica aos mandados de segurança⁴³, invocando-se, igualmente, em prol da recorribilidade, o art. 39 da Lei nº 8.038, de 28-05-90, segundo o qual, "da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o Órgão Especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de cinco dias". O agravo cabível, assim, não seria propriamente "regimental", mas decorrente da imposição de lei.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Estaduais, a matéria é controvertida, especialmente quando inexistente disciplina regimental específica, costumando-se invocar, em prol da irrecorribilidade, a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal

⁴¹ Ilustram a posição dissidente, entre outros, os votos proferidos nos seguintes precedentes: no MS nº 20.941, julgado em 03-05-89, Rel. Min. Paulo Brossard, votou vencido o Min. Aldir Passarinho (que entendia cabível o agravo regimental), e os Mins. Sydney Sanches e Francisco Rezek não conheceram do agravo, dada a orientação majoritária nesse sentido, mas com ressalva do entendimento pessoal, que era pelo cabimento ("RT J", 141/803); no julgamento do MS nº 20.955, em 14-06-89, Rel. Min. Sydney Sanches, também o Min. Sepúlveda Pertence posicionou-se contrário à orientação tradicional (*LEX-JSTF*, 134/41) e o mesmo ocorreu com o Min. Paulo Brossard no julgamento do MS nº 21.100, em 23-05-90 ("RTJ", 146/109) e com o Min. Marco Aurélio, no julgamento do MS nº 21.684, em 16-06-93 ("RTJ", 149/803, citado na nota anterior).

⁴² Ag. Rg. em MS nº 21.754, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado no dia 07-10-93 (DJ, de 13-10-93, p. 21.414), interposto da decisão do Relator, de 05-10-93 (DJ, de 21-10-83, p. 22.159), que concedeu liminar suspendendo os trabalhos do Congresso, referentes à revisão constitucional, com início naquela oportunidade.

⁴³ Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Ag. Rg. no MS nº 1.622-0-DF, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 09-04-92, "RSTJ", 40/203, com dois votos vencidos.

Federal⁴⁴.

Em nosso entender, é inafastável a sujeição daqueles atos do Relator ao controle do respectivo órgão colegiado. Com efeito, a própria Corte Suprema, em orientação de certo modo incompatível com a que adota para si própria, entende que os tribunais "não podem, por meio de norma regimental, emprestar atributo de decisão definitiva aos despachos dos seus membros" e com base nesse fundamento, declarou inconstitucional o § 2º do art. 364 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Goiás, que não admitia agravo regimental das decisões do Relator em mandado de segurança⁴⁵. Em outras palavras, o que o Supremo Tribunal Federal reconheceu foi que o direito de ver reapreciadas, pelo Colegiado, as decisões tomadas individualmente pelo Relator, é um direito constitucional, e isso porque, conforme sustentou o Ministro Relator, "seja em razão da formação histórica da organização judiciária nacional, ou em virtude da própria estrutura dada ao Poder Judiciário federal e local pela Constituição, é Colegiado o órgão de segundo grau de Jurisdição", o que significa dizer que "podem (...) os Tribunais, através de norma regimental, atribuir competência própria e singular aos seus membros.

"Mas não podem declinar a favor deles a competência que a Constituição investiu nos próprios Tribunais, como órgãos de deliberação coletiva. Sobretudo, não podem emprestar o atributo de decisão definitiva

⁴⁴ Theotonio Negrão, em seu "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", Saraiva, 271 ed., p. 1.093, fazendo apanhado da jurisprudência predominante, chega à conclusão de que, "lamentavelmente, se firmou a jurisprudência de que não cabe agravo regimental de decisão de Juiz de Tribunal que denega ou concede a sustação liminar em mandado de segurança", referindo, porém, vários precedentes em sentido contrário, a demonstrar que o tema está longe de ser pacífico.

⁴⁵ Representação nº 1.299, Rel. Min. Célio Borja, unânime, julgado em 21-08-86, "RTJ", 119/980.

aos despachos dos seus membros" ⁴⁶.

Nesse julgamento, o parecer do então Procurador-Geral da República José Paulo Sepúlveda Pertence acentuou o seguinte: "Tribunal, na tradição do sistema constitucional brasileiro, é órgão de julgamento Colegiado, conclusão que independeu sempre de norma constitucional explícita. Daí, quando a própria Constituição ou a lei ordinária, federal ou estadual, outorgou a um Tribunal a competência para julgar determinado processo, sempre se tem entendido que os atos de jurisdição de seus órgãos individuais - Presidente ou Relator - deverão ser recorríveis para o órgão colegiado competente" ⁴⁷.

No caso específico de mandado de segurança originário, ao Relator compete praticar atos de instrução do processo (art. 14 da Lei nº 1.533, de 1951). Assim, quando os regimentos internos, ou mesmo a lei,

⁴⁶ "RTJ", 119/984-985. Esse mesmo entendimento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos posteriores, embora não versando especificamente a hipótese de decisão de Relator em mandado de segurança. Assim, no Mandado de Injunção nº 375, julgado em 19-12-91, Rel. Min. Carlos Velloso, ficou assentado que: "É legítima, sob o ponto de vista constitucional, a atribuição conferida ao Relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso intempestivo, incabível ou improcedente, e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal, ou for evidente a sua incompetência (RI/STF, art. 2º, § 1º; Lei nº 8.028/90, art. 38), desde que, mediante recurso - agravo regimental -, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado" ("RTJ", 139/53). Igualmente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 531, julgada em 11-12-91, Rel. Min. Celso de Mello, decidiu-se que: "É inquestionável que assiste à Suprema Corte, em sua composição plenária, a competência exclusiva para julgar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (CF, art. 97; RISTF, arts. 5º, VII, e 173). Essa regra de competência, no entanto, muito embora de observância indeclinável por qualquer órgão colegiado, não subtrai ao Relator da causa o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata, o que inclui, dentre outras atribuições, o exame dos pressupostos processuais e das condições da própria ação direta. A possibilidade de controle recursal, a *posteriori*, dos atos decisórios que o Relator pratica, no desempenho de sua competência monocrática, dá concreção, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao princípio da reserva de Plenário. inscrito no art. 97 da Lei Fundamental da República" ("RTJ", 139/67).

⁴⁷ "RTJ", 119/981-982.

ampliam o âmbito das atribuições monocráticas, conferindo ao Relator poderes decisórios - seja para conceder ou negar liminares, seja para extinguir o processo sem julgar o mérito, ou, até, para julgá-lo improcedente em certos casos - estão, na verdade, delegando atribuições que são próprias do Tribunal como órgão de deliberação colegiada. Em casos tais, conseqüentemente, a recorribilidade da decisão para a Turma, Câmara, Seção, Corte Especial ou Plenário, é condição indispensável à legitimidade constitucional da norma de delegação.

De tais premissas, decorre, portanto, que a antecipação dos efeitos da tutela, mediante decisões liminares do Relator no curso do processo de mandado de segurança originário - as quais, evidentemente, não podem ser consideradas simples atos de instrução - são necessariamente sujeitas a controle pelo órgão colegiado, independentemente de previsão específica do regimento interno ou da lei. Norma regimental ou legal que impeça que isso ocorra não será legítima, pois importa sacrifício do princípio da reserva do Colegiado, inerente aos tribunais, segundo nossa tradição constitucional.

5. Conclusões

Em suma, a liminar em mandado de segurança tem natureza antecipatória, semelhante à prevista no inc. I do art. 273 do CPC, sendo que os pressupostos de "relevância de fundamento" e risco de "ineficácia da medida" (art. 7º, II, da Lei nº 1.533, de 1951) têm conteúdo idêntico a "verossimilhança da alegação" e "receio de dano irreparável", anotados no dispositivo codificado.

Assim, e tendo sempre em conta a inafastável pressuposição de que as disposições gerais do procedimento comum são aplicáveis, salvo

incompatibilidade, à ação de mandado de segurança, podemos traçar as seguintes conclusões finais sobre a medida liminar: a) quanto ao momento da concessão: pode ser ao "despachar a inicial" ou, mais adiante, quando se firmarem os pressupostos da medida; b) quanto ao seu conteúdo: a liminar tanto pode consistir em ordem de comportamento omissivo ou comissivo para a autoridade impetrada, ou para que esta satisfaça uma obrigação, quanto em autorização para que o impetrante pratique ou deixe de praticar determinado ato; c) relativamente ao prazo de eficácia: a limitação do prazo, estabelecida no art. 1º, letra *b*, da Lei nº 4.348, de 1964, diz respeito apenas aos casos em que a demora do julgamento decorrer de causa imputável ao próprio demandante; nos demais casos, a liminar, se presentes seus pressupostos, terá vigência enquanto persistir o risco de ineficácia da futura sentença; d) a concessão de liminar em mandado de segurança depende de pedido da parte; e) a decisão que concede ou denega a medida - que não está sujeita à "discrição" ou a qualquer outro juízo de natureza pessoal do Juiz - deve ser fundamentada em razões objetivas e circunstanciadas, f) é legítima, e mesmo obrigatória, a exigência de contra cautela ao impetrante sempre que a execução da liminar possa trazer algum perigo à recomposição do *status quo ante*; g) é cabível a concessão de liminar em casos de "abuso do direito de defesa" e de "manifesto propósito protelatório" (CPC, art. 273, II) da autoridade impetrada ou da pessoa jurídica da qual é órgão; h) a revogação ou a modificação da decisão sobre liminar pode-se dar a qualquer tempo, sempre que isso se faça necessário em virtude da mudança no estado de fato ou do aprofundamento da cognição; i) das decisões concessivas ou denegatórias da medida liminar cabe recurso de agravo de instrumento; e j) nos mandados de segurança de competência originária dos tribunais, as decisões do Relator, concedendo ou negando a medida, sujeitam-se a controle, pela via do agravo regimental, pelo órgão colegiado competente para o julgamento definitivo da ação.