

MANDADO DE SEGURANÇA: INSTRUMENTO DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS OU UTOPIA?

Indalécio Gomes Neto*

Sumário: Considerações Preliminares sobre o Mandado de Segurança; Natureza Jurídica do Instituto; Do Cabimento do Mandado de Segurança e os Ritos Processuais, Pressupostos; Da Propositura da Ação; Informações da Autoridade Coatora; Da Liminar do Mandado de Segurança; Recurso contra a Decisão que Denega ou Concede a Liminar; Conclusão.

Qualquer estudante Direito fica entusiasmado quando se detém na leitura e no estudo do artigo 5º da Constituição da República. Afinal ali estão arrolados os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos e de outros entes jurídicos. Esse entusiasmo já vem reforçado pelo próprio “Preâmbulo” da Carta Magna, onde está dito que o nosso Texto Básico tem por escopo, dentro do sistema democrático, assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança, sempre com a solução pacífica das controvérsias.

Verifica que a lei é o ponto de referência, pois o nosso constituinte deixou expresso “*que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” (inciso II). Constata que a Constituição confere segurança, inclusive quanto ao direito de propriedade, desde que esta atenda a sua função social (XII e XIII). Observa que o constituinte assegurou a todos o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, sem qualquer formalidade de rito, bem como o direito de receber informações dos órgãos públicos, inclusive relativas a interesses particulares (XXXIII e XXXIV).

E o entusiasmo do nosso estudante de Direito vai num crescendo, quanto mais se aprofunda no estudo do artigo 5º da Carta Maior. Lê ele, já agora certo de que poderá colocar em prática o seu ideal, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, como também não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Avança no seu estudo e vai logo aos incisos que mais lhe tocam a alma juvenil de um recém-enamorado do Direito. Nessas pesquisas e pelas memoráveis aulas de seus professores, colhe o ensinamento de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, o qual se materializa com o amplo direito de defesa, com todos os desdobramentos daí decorrentes.

Mas o entusiasmo do nosso estudante de direito chega ao auge quando constata que o constituinte não esqueceu de prever instrumentos hábeis à defesa de todos esses

* *Ex-ministro togado do Tribunal Superior do Trabalho e, atualmente, advogado em Curitiba.*

direitos fundamentais. Aprende que está posto na nossa Constituição instrumentos eficazes para a defesa desses direitos. Constata, já agora, o quanto o nosso constituinte foi zeloso na preservação da liberdade, ao assegurar “**habeas corpus**” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (inciso LXVIII). Nos incisos seguintes, observa que em não se tratando da liberdade de locomoção, também foi previsto o **mandado de segurança**, inclusive o coletivo, para proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Com todo esse arsenal de garantias aos direitos fundamentais e os instrumentos para a sua defesa, o nosso estudante de direito forma-se, presta o exame da OAB e, ufa, vai para a banca de advocacia, na expectativa de colocar em prática todo o seu aprendizado.

Logo em seguida surge o primeiro cliente, que se diz lesado em um direito líquido e certo. O novel advogado examina a causa e dá o seu diagnóstico: só cabe o **mandado de segurança** para pôr fim, com urgência, à grave violação ao direito líquido e certo, já que não existe outro recurso eficaz para esse fim.

Impetra a segurança, na certeza de que a solução, pela própria natureza do instituto, terá uma tramitação preferencial e rápida.

Ledo engano. O estudante entusiasmado de ontem, passa a ser o advogado angustiado de hoje. O processo não anda; o seu cliente pressiona. O relator do processo, enfim, indefere a liminar. Não cabe agravo de instrumento, porque o processo tramita na Justiça do Trabalho, que tem rito diferente. Mas cabe agravo regimental, que é interposto pelo jovem advogado. Aí começa a “via crúcis” do jovem profissional da advocacia. A começar pelo fato de que alguns tribunais transformam o agravo regimental num procedimento custoso e lento; não raro determinam que seja processado a parte; que o Ministério Público emita parecer sobre o próprio agravo regimental, embora lhe caiba falar, antes do julgamento, sobre o mérito do mandado, entretanto, acaba pronunciando-se duas vezes sobre o mesmo processo, etc.

O tempo passa e nada e o cliente continua a cobrar uma solução. Transcorridos muitos meses, sequer o agravo regimental é julgado e julga-se em definitivo o mandado, denegando-se a segurança impetrada. Interposto recurso para o tribunal superior, o processo passa por uma lenta tramitação e, finalmente é julgado, com o provimento do recurso. Só que agora a lesão ao direito já se tornou irreparável e o julgamento não mais satisfaz aos objetivos que levaram à impetração da segurança, ou seja, o processo se transformou em uma inutilidade.

Desanimado, o jovem advogado desiste da profissão e resolve ser membro do Ministério Público ou da Magistratura, na expectativa de que, no exercício de um desses nobilitantes cargos, possa colocar em prática o seu ideal de jovem. De outra parte, sabe que no exercício desses cargos públicos, pelo menos, não tem cliente a lhe cobrar um resultado rápido do processo, como também não há sofrimento com a angústia dos prazos.

Pena que esse relato não seja apenas uma fábula; uma ficção. Lamentavelmente é um retrato da realidade, pois o nosso sistema jurídico, em teoria, é muito bom, é muito bonito, mas na prática deixa muito a desejar. Não se trata de uma crítica ao Judiciário em si, que é composto, na sua maioria, por dedicados e dignos magistrados, também sacrificados com um sempre cresce número de processos submetidos à sua apreciação. A crítica, contudo, é ao sistema que precisa, sem dúvida, mudar, para que não prevaleça o **rito** em detrimento da **substância**. Não se concebe que uma grave lesão à liberdade ou a um direito líquido e certo só venha a ser reparado muito tempo depois, quando essa lesão já se tornou irreversível e o julgamento final não se reveste de qualquer resultado útil. Se crítica existe, e existe, é no sentido de oferecer um contributo ao aperfeiçoamento do sistema. Para que o rito não se sobreponha ao direito e para que, nos próprios regimentos internos dos tribunais, dê-se preferência ao julgamento dos processos de “habeas corpus”, de mandado de segurança e cautelares, instrumentos jurídicos da mais alta relevância à preservação dos direitos e garantias fundamentais. Não é possível que ações dessa natureza só venham a ser julgadas quando o tempo transcorrido já tornou irreversível a lesão ao direito. No mínimo, o regimento de cada tribunal deve prever a distribuição imediata a um relator, inclusive para efeito de devolução do juízo liminar, quando em grau de recurso, a fim de que possa praticar, de imediato, ato jurisdicional de cognição incompleta, proferido segundo o estado da causa, a fim de que a parte não venha a sofrer prejuízo irreparável.

É claro que o mandado de segurança não pode se transformar em autêntica “panacéia judiciária”, capaz de curar todos os males, com a subversão de sua finalidade, mas não se pode olvidar a sua importância no contexto jurídico atual, sobretudo quando se destina a combater os males da prepotência e proteger categoria especial de direitos.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA

Muitos dos instrumentos jurídicos que hoje permeiam o nosso direito processual nasceram da pressão das necessidades, que não raro acabaram por ditar a solução, que o legislador acabou traduzindo em alguma forma de procedimento. Diferente não foi o que ocorreu com mandado de segurança, pois não havia como deixar sem solução determinadas situações jurídicas que não encontravam, e ainda hoje não encontram, no quadro das ações e dos recursos, a proteção adequada.

Pois bem, a necessidade de solução rápida de certas situações atípicas, exigiu, então, a criação de um instituto processual capaz de reintegrar imediatamente o direito violado.

Castro Nunes lembra que o instituto do mandado de segurança foi recebido com muita reserva pelo Judiciário, reserva essa que ainda hoje se constata, embora em menor grau. Nada melhor do que transcrever seus comentários sobre essas reservas. Eilos:

“Os tribunais, sem excetuar o Supremo, receberam com grandes reservas o novo instituto. Para isso terão concorrido circunstâncias várias: em primeiro lugar, a novidade do remédio, criação nossa, surgindo inopinadamente em nosso meio jurídico sem estudos preparatórios sobre a sua índole ou natureza, em termos que permitissem situá-lo no quadro das ações com o seu caráter injuncional ou monitório até então desconhecido fora dos interditos e do habeas-corpus, e nisso consistia a maior dificuldade em compreender e lhe demarcar o campo de aplicação; em segundo lugar o próprio texto constitucional no seu enunciado, que convieram em entender muito ao pé da letra, tornando quase impossível a concessão, a ser admitida somente quando claro, transparente, cristalino o direito reclamado, pois só assim seria certo e incontestável, perdendo de vista que direito ajuizado é por definição direito litigioso, que precisa ser desembaraçado do cipoal das impugnações sofisticadas ou desarrazoadas para ser proclamado; em terceiro, a lei do menor e esforço, a tendência para fugir às questões difíceis, arredá-las, protraí-las, remetendo o pleiteante para as vias ordinárias, e o mandado de segurança, se admitido em medida mais larga, ainda que sem sair do limite intransponível das suas possibilidades com via processual, obrigaria a decidir, de pronto, questões às vezes de alta indagação jurídica”.¹

Pontes de Miranda, nos seus estudos sobre o tema, assinala:

“Desde que, com os documentos juntos, fica patente o direito do suplicante, certo e justo é o seu direito. Não deixa de ser certo e incontestável se a controvérsia estabelecida somente concerne à interpretação da lei ou à revelação do direito subjetivo, porque, aí, a incerteza ou contestabilidade é só subjetiva — é simples insuficiência do juiz. Por mais grave que seja a dúvida sobre a questão jurídica, não torna não-certo e não-incontestável o direito das partes. A lei, a regra jurídica, incidiu quando devia incidir; trata-se, agora, de dizer o que é que incidiu, qual foi a regra. Se o juiz não está a par do direito, isso nada tem a ver com as relações jurídicas. Para que possa deixar de conhecer do pedido ou julgá-lo improcedente, indeferindo-o, com fundamento em não ser certo e incontestável, é de mister que mostre ser incerto e contestável, objetivamente; nunca seria suficiente dizer que há dúvida sobre o entendimento da lei, ou sobre qual a lei que tenha regido a relação jurídica, ainda que haja discordâncias na jurisprudência”.²

Embora tantos anos já tenham transcorridos, muito do que Castro Nunes e Pontes de Miranda escreveram, continuam presente, ou seja, parcela do judiciário ainda examina, com reservas, o cabimento do mandado de segurança. Alguns interpretam as expressões “direito líquido e certo”, como tal rigor, que praticamente esvaziam o instituto do mandado de segurança, esquecendo-se que o direito, pela sua própria natureza e sobretudo quando está sendo questionado em juízo, nunca oferece um grau de absoluta liquidez e certeza. Por fim, não são incomuns afirmações no sentido de que o di-

1. Do Mandado de Segurança. Editora Forense, 1951.

2. In Comentários à Constituição de 1967, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, pág.361/362.

DOCTRINA

reito postulado pode ser defendido de outro modo, esquecendo-se que esse “outro modo”, as vezes, leva anos, quando, ao final, a lesão já se tornou irreparável.

É desejável que esse importante instituto seja sempre examinado sem qualquer tipo de reserva e comodismo. Alça-se ele a nível constitucional e não pode e não deve ser mutilado pelo intérprete, como importante instrumento que é na defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Deve, é claro, ser manejado com parcimônia, para que não se transforme em panacéia para todos os males.

Entretanto, uma sociedade que se estrutura em um Estado democrático de direito; um Estado que chama para si a solução pacífica das controvérsias, não pode também consentir que a submissão a um processo judicial venha, ao final e ao cabo, impor um dado irreversível à parte vencedora. Assim, se o recurso previsto não se mostra apto a salvaguardar esse direito, surge, como instrumento de suma relevância, o mandado de segurança.

NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

Muito se discutiu e ainda se discute acerca da natureza jurídica do mandado de segurança. Parte da doutrina o denomina de “remédio judiciário”; outra parte de remédio heróico; “writs” do direito inglês e norte-americano, que é uma forma de interdito no sentido lato; garantia constitucional para outros.

Trata-se, a nosso ver, de uma ação de natureza especial; de nível constitucional, com pressupostos e características próprios, que difere do conceito tradicional de ação.

Sua sede principal está na Constituição da República, que inclusive alargou a área de sua abrangência ao direito coletivo (Art. 5º, incisos LXIX e LXX).

A Lei ordinária que o disciplina é a de nº 1.531 de 31 de dezembro de 1951.

DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA E OS RITOS PROCESSUAIS. PRESSUPOSTOS

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a Constituição atual não isenta os atos ou decisões judiciais do controle jurisdicional através do mandado de segurança.

É precioso sobre o tema o estudo de Egas Moniz de Aragão:

“A restrição contida na Lei 1.533/51, reproduzida na Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, está hoje superada, como superado está, p. ex., o princípio (literalmente inequívoco) dos arts. 1.521,III, e 1.523 do CC. O mandado de segurança é admissível em tese contra ato ou decisão judicial mesmo que caiba recurso ou reclamação (ou correção parcial), sempre que, por ausência de efeito suspensivo (ou sua inocuidade no caso concreto, como se verá) ou inexistência de eficaz antecipação liminar, seja necessário para impedir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder, ou para afastar

dano tido como irreparável, que, por outro meio, não seria possível evitar ou remediar prontamente”.³

Como bem salienta Celso Agrícola Barbi é de fundamental importância não esquecer que o Mandado de Segurança é uma garantia processual assegurada diretamente pela Constituição da República. A fonte de onde ele promana não permite que a lei ordinária restrinja o seu alcance. Essa lei deve ser regulamentadora do seu uso e não pode ser restringidora dele.⁴

A questão do direito líquido e certo merece, de outro lado, ser corretamente avaliada, para efeito de proteção pela via do mandado de segurança, pois a corrente, hoje prevalente na doutrina e na jurisprudência, distingue com clareza os dois pólos da situação jurídica: o fático e o normativo. E, simultaneamente, a fazer residir a certeza e liquidez do direito tão-somente no primeiro deles, não se perdendo de vista que dúvidas acerca da interpretação do direito, abstratamente considerado, sempre podem existir, o que é demonstrável pelas longas perengas doutrinárias assim como pelo dissenso jurisprudencial.

Contudo, como bem pondera Celso Ribeiro Bastos, a solução correta, sem dúvida, é a que faz residir o caráter de líquido e certo não na vontade normativa, mas nos fatos invocados pelo impetrante como aptos a produzirem os efeitos colimados. Mais precisamente ainda, na própria materialidade ou existência fática da situação jurídica.⁵

Portanto, a expressão direito líquido e certo é tipicamente processual, na medida em que atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo.

Por mais grave que seja a dúvida sobre a questão jurídica não torna não-certo e não incontestável o direito das partes. Se o juiz não está a par do direito, isto nada tem a ver com as relações jurídicas. Para que possa conhecer do pedido ou julgá-lo improcedente, é mister que mostre ser incorreto e contestável, objetivamente; nunca é suficiente dizer que há dúvida sobre o entendimento da lei ou sobre qual a lei que tenha regido a relação jurídica.⁶ Enfim, o juiz não pode denegar a segurança utilizando-se, apenas, de argumentos de autoridade ou convicção subjetiva. Deve, sim, verificar objetivamente a violação de direito líquido e certo, ainda que existe recurso previsto para combater a decisão judicial, desde que este não se mostre apto a evitar lesão irreparável.

Parcela significativa da jurisprudência se dá por satisfeita para a concessão da segurança, quando demonstrado os pressupostos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**.

3. Revista dos Tribunais, agosto de 1992, vol. 682.

4. Mandado de Segurança. Forense, 1987.

5. Comentários à Constituição de 1988, Saraiva.

6. J. Cretella Junior. Comentários às Leis do Mandado de Segurança, Saraiva, 1979, pág. 63/64.

Portanto, não deve partir de um exame literal do artigo 5º da Lei 1.533/51, pois nem sempre o recurso previsto é capaz de evitar um lesão irreparável, sobretudo quando ele não tem efeito suspensivo.

De há muito que o Supremo Tribunal Federal abrandou o rigor de sua Súmula 267, para admitir o mandado de segurança, quando a decisão, embora comporte recurso sem efeito suspensivo, pode acarretar dano de difícil reparação.⁷ Infelizmente, ainda não é incomum ouvir-se nos pretórios que não se admite o mandado de segurança porque a situação comporta recurso próprio, quando essa não é a diretriz que deve nortear o exame do cabimento desse importante remédio. O que deve ser tomado em conta, sim, é se a lesão, sem a concessão da segurança, pode se tornar irreversível ou se o ato impugnado não tem qualquer assento na legislação vigente.

É incompreensível que se admita uma execução provisória, por exemplo, com suporte em uma decisão que se reveste de uma ilegalidade gritante. Isso não se harmoniza com um Estado democrático de direito que confia ao Poder Judiciário, que detém o monopólio da jurisdição, a solução pacífica das controvérsias.

Nem se diga que o juiz não comete esse tipo de violência. Comete, sim, embora não seja regra.

Não se pode esquecer que as decisões judiciais sofrem grande influência das convicções subjetivas de seus prolores. Felizmente, os quadros da magistratura, na sua grande maioria, são compostos por juizes estudiosos, íntegros e zelosos do cumprimento de seus deveres. Mas, como toda a coletividade, também e por exceção, existem os arbitrários, tendenciosos e despreparados, que, a pretexto de aplicarem a lei, violam os mais elementares direitos dos cidadãos.

Tenha-se presente, contudo, que o direito é uma ciência complexa, que não raro enseja mais que uma interpretação. Logo, mesmo atos judiciais praticados por juizes dignos e zelosos, podem dar ensejo ao mandado de segurança e o verdadeiro magistrado, que não se coloca acima do bem e do mal, não pode e não deve interpretar a impetração como se fosse algo personalizado. O mandado de segurança não é impetrado contra a pessoa do juiz, mas contra o ato por ele praticado. O bom juiz não se amua e não se aborrece quando a parte utiliza-se de um procedimento previsto na legislação. Ao contrário, procura extrair da demanda judicial subsídios para uma serena reflexão, que só serve para aperfeiçoar a difícil, mas honrosa missão de julgar.

Não se pode denegar a segurança, quando o ato judicial, independentemente de recurso cabível ou incabível, revela-se ilegal e é praticado com abuso de poder.⁸ Pensar de outro modo, significa desprezar uma garantia fundamental que o constituinte outorgou a quem tenha o seu direito violado (art. 5º, LXIX).

O sempre crescente número de processos têm levado a algumas distorções. Os juizes, mal pagos e assoberbados de processos, cada vez emprestam importância maior

7. RTJ 70/504, 72/743, 81/879, 84/1.071, 89/159, 91/181, 94/274, 95/335, 97/916, 103/215, 111/1376, cf. Theotônio Negrão, Código de Processo Civil, 26ª edição, Saraiva.

8. STJ- 5ª Turma, RMS 2.140-3-SP, rel. Ministro Costa Lima, DJU de 1.2.93.

ao “rito”. Apegam-se ao rito como forma de diminuir o número de processos e não julgar o mérito.

Não se quer afirmar que a **forma** e o **rito** devem ser desprezados. Não é isso. Há situações incontornáveis, que impedem uma tramitação válida e regular do processo. O que se critica é o excesso de ritualismo e o chamado argumento de autoridade.

A Constituição da República, por exemplo, prevê o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, quando a decisão proferida em única ou última instância contrariar dispositivo do texto constitucional, entretanto, a jurisprudência, já agora com suporte na lei ordinária, exige que a contrariedade ao preceito constitucional seja literal.

Bem, por conta dessa alteração legislativa, que na verdade apenas incorporou orientação jurisprudencial reiterada, criou-se uma dificuldade maior no conhecimento do recurso extraordinário.

Ocorre, entretanto, que “o ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da **quaestio iuris** quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum”.⁹

Esse ensinamento alcança a expressão **lei** em sentido lato, enlaçando, evidentemente e também, preceitos constitucionais.

Vale lembrar, ainda, a posição de Carlos Maximiliano para quem **não é constitucional apenas o que está escrito no estatuto básico, e, sim, o que se deduz do sistema estabelecido**.¹⁰

De outro lado, o chamado “**livre convencimento do juiz**” tem se prestado a muitas distorções, não passando, não raro, de mero arbítrio e argumento de autoridade, em prejuízo do direito substancial que está em causa.

Todas essas incongruências, que também atingem o instituto do mandado de segurança, devem ser superadas, a fim de que as interpretações literais dos textos legais não acabem por sepultar, na prática, esse importante instituto. Nem mesmo o grande volume de processos nos pretórios e as dificuldades de solucioná-los no tempo desejado, não devem servir de pretexto a interpretações muito rigorosas, pois, quando isso ocorre, sufocam muito direitos e garantias fundamentais. O Judiciário ocupa papel de extrema relevância em um Estado democrático de direito e, por maior que sejam as dificuldades, não pode cair na tentação de apenas decidir e não julgar.

Mas não basta, para ensejar a ação de segurança, que a parte se sinta lesada sobre **um direito líquido e certo**. Necessário, também, que essa lesão tenha sido praticada por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, e ainda assim com abuso de poder.

9. Barbosa Moreira. Comentários ao CPC, vol. V, Forense.

10. Comentários à Constituição, cf. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Mando de Segurança, Saraiva.

DOCTRINA

É claro que essas expressões, a exemplo do direito líquido e certo, não podem ser tomadas na sua literalidade. Há que se fazer um exame do contexto em que a lesão ocorreu e as suas circunstâncias.

A autoridade pública, quando pratica atos decorrentes do cargo, não age em seu nome individual, mas em nome do Estado. Logo, não é parte passiva, no mandado de segurança, a autoridade coatora, mas a pessoa jurídica, da qual ela é órgão.

A Lei nº 1.533/51, disciplina o cabimento e o rito do mandado de segurança.

O artigo 1º, parágrafo 1º, dá um conceito de autoridade coatora, consignando que são os representantes ou órgãos dos partidos políticos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público.

Os estabelecimentos de ensino particulares exercem função delegada do poder público. Assim, sempre que um estabelecimento de ensino particular viole ou ameace violar um direito líquido e certo de alguém e desde que não conte com recurso eficaz para por fim a essa violência, é possível o socorro ao mandado de segurança. O mandado, nesta hipótese, é impetrado contra o estabelecimento de ensino, pessoa jurídica, representada pelo seu diretor.¹¹ É verdade que também existe jurisprudência discrepante desta diretriz.

Em linha geral esta lei está em harmonia com a Constituição Federal, entretanto, ela não pode limitar o que a Carta Maior não limita. Exemplo dessa limitação ineficaz está no artigo 5º da referida Lei, quando diz **que não se dará mandado de segurança quando se tratar de despacho ou decisão judicial, contra o qual caiba recurso ou possa ser modificado por via de correição.** Ora, o texto constitucional não faz essa limitação e sempre que houver uma lesão a direito líquido e certo ou ameaça concreta de lesão, decorrente de ato ilegal praticado por autoridade pública, não se pode sonegar a defesa desse direito pela via do **mandamus**, ainda que as leis de processo prevejam recurso próprio para atacar o ato ou possa ser modificado pela via da correição, sempre que esses instrumentos processuais não se revistam de eficácia adequada para evitar que se concretize um dano irreparável ou de difícil reparação.

O artigo 1º da Lei 1.533/51 é imperativo ao dizer que **“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”**

De uma leitura atenta desse preceito, constata-se que o ordenamento jurídico procurou proteger os indivíduos, diante dos abusos de autoridade, da forma mais ampla possível, atingindo não apenas as violações consumadas como as ameaças de violação, não importando, por outro lado, a categoria e as funções que exerça a autoridade tida como coatora.¹²

11. RT 496/77, 497/69, 498/84, 499/92, 499/97, 502/95, 504/95, cf. Theotonio Negrão, CPC, 1995.

12. Humberto Theodoro Júnior, cf. Sálvio Figueiredo, ob cit.

DOCTRINA

Dúvida não há, pois, que a Lei 1.533/51, consagrou, também, o mandado de segurança preventivo, desde que haja justo receio de violação de direito líquido e certo por parte de autoridade.

Segundo tem assentado a doutrina o conceito de justo receio há de ser buscado no plano objetivo e não no subjetivo.

Portanto, para que haja justo receio torna-se necessário que a parte convença o juiz ou o tribunal de que a ameaça é seria e objetiva, além de ser injusta e antijurídica.¹³

DA PROPOSITURA DA AÇÃO

A petição do Mandado de Segurança, como a referente a qualquer ação, deve ser cuidadosamente elaborada.

A petição inicial é o projeto de uma decisão que se busca. Logo, quem a elabora não pode descurar de seus aspectos técnicos.

Aplica-se ao processo do mandado de segurança o disposto no artigo 282 do Código de Processo Civil, adaptando-se às peculiaridades deste tipo de ação.

Assim, a petição do mandado de segurança deve mencionar a autoridade judiciária a quem ela é dirigida; a qualificação do impetrante; a autoridade coatora que praticou o ato reputado como ilegal ou abusivo; o fato e fundamento jurídico do pedido, este com as suas especificações; o valor da causa;

Essa petição deve ser elaborada em duas vias e os documentos que acompanham a primeira, deverão ser reproduzidos, por cópia, na segunda.

A prova documentada é elemento indispensável à demonstração imediata e segura dos fatos, pois no mandado de segurança não há prova testemunhal.

Nunca se deve esquecer que os documentos oferecidos para a prova das alegações devem estar no original, certidão autêntica ou cópias autenticadas. Entendemos, entretanto, que os documentos que acompanham a segunda via da petição do mandado de segurança não necessitam de autenticação, até porque basta que o funcionário do juízo ou cartório faça a conferência com os que foram juntados na primeira via. Seria um excesso de zelo exigir essa autenticação. Aliás, a lei é expressa ao dizer que as reproduções obtidas por fotocópias, são aceitas como prova, sempre que o escrivão ou funcionário do juízo “portar fé a sua conformidade com o original”. (art. 830,CLT e 384, CPC).

É preciso ter presente, sempre, que em se tratando de despacho ou decisão judicial não basta a autenticação da cópia, sendo indispensável que contenha a assinatura do juiz prolator, pois isso é dá essência da validade do ato, sob pena de grave incerteza acerca de sua própria existência. Despachos e decisões sem assinatura não se revestem de qualquer eficácia jurídica; são atos inexistentes.

O Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho é expresso ao dizer:

13. Ernane Fidélis dos Santos, Comentários ao CPC.

“É exigida a assinatura usual nos acórdãos, na correspondência oficial, no fecho das cartas de sentenças e nas certidões” (art. 152, parágrafo 1º).

Ainda esse Tribunal aprovou a **Instrução Normativa nº 16**, que uniformiza a interpretação da Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, com relação ao Agravo de Instrumento, deixando certo **“que não será válida a cópia de despacho ou decisão que não contenha a assinatura do juiz prolator”** (Instrução Normativa nº 16, inciso IX, conforme Diário da Justiça da União de 23 de setembro de 1999).

Essa resolução, aliás, apenas recepcionou a jurisprudência uniforme da Corte sobre esse tema:

“Cópia de acórdão proferido pelo Regional, onde não constam as assinaturas quer do juiz Presidente, quer do Relator, tampouco da Procuradora Chefe do Ministério Público do Trabalho, não se presta à formação do Agravo de Instrumento, eis que inviabiliza a constatação de que tal cópia refere-se, de fato, à decisão proferida nos autos principais. Embargos não Conhecidos” (Proc. E-AIRR 402.297.7, SBDII, Relator Ministro Rider Nogueira de Brito, DJU de 20.08.99).

Essa exigência, que é validada para qualquer ação ou processo judicial, não resulta de qualquer inovação trazida pela Lei 9.756/98, pois de há muito está inscrita no Código de Processo Civil. O artigo 164 desse Código é expresso ao dizer:

“Os despachos, decisões, sentenças e acórdãos serão redigidos, datados e assinado pelos juízes. Quando forem proferidos verbalmente, o taquígrafo ou o datilógrafo os registrará, submetendo-os aos juízes para revisão e assinatura.”

Daí haver proclamado o antigo Tribunal Federal de Recursos:

“Sentença sem assinatura, mais do que nula, é inexistente”. (TFR 4ª Turma, AC.46417/SP, Rel. Ministro Bueno de Souza, j. 12.11.80, DJU 18.12.80, pág. 10.858).

Verificando o juiz que a petição inicial se ressentia de algum requisito essencial, nem por isso deve indeferir-lá, mas ensejar ao impetrante a oportunidade de sanar o vício. Todavia, se a parte teve a oportunidade de corrigir o vício, mas assim não procedeu, o juiz pode extinguir o processo, sem julgamento do mérito. Essa sanção só é possível na instância originária, nunca em grau de recurso.

Podem ocorrer situações em que órgãos públicos recusam-se a fornecer os documentos necessários à prova do alegado no mandado de segurança. Nesta hipótese, não só a lei do mandado de segurança (art. 6º, parágrafo único, Lei 1.533/51), mas também a Constituição da República (art. 5º, inciso XXXIV, b) autorizam ao impetrante o direito de requerer ao magistrado a requisição dos documentos necessários à prova do alegado.

Mesmo que o documento necessário à prova do alegado encontre-se em poder de terceiro, que não órgãos públicos, mesmo assim o impetrante não se encontra impossibilitado de produzir essa prova, bastando que a requeira ao magistrado, a fim de

que este determine a citação dessa pessoa, para exibir o documento, em juízo (art. 360 e seguintes do CPC).

INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE COATORA

Despachando a petição inicial, o juiz determinará a notificação da autoridade coatora do conteúdo da petição do mandado de segurança, encaminhando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos. Essa é a razão, pois, da lei exigir que a inicial seja apresentada em duas vias, bem como os documentos.

A autoridade coatora tem o prazo de 10 dias para prestar as informações que achar necessárias (art. 7º, Lei 1.533/51).

Todavia, acaso a autoridade coatora não preste as informações no prazo demarcado pela lei, não deve o juiz ficar no aguardo, em face a necessidade de tramitação rápida do mandado. Com ou sem as informações, o mandado deve seguir o seu rito normal.

DA LIMINAR DO MANDADO DE SEGURANÇA

Tema de extrema relevância refere-se a liminar no mandado de segurança.

Como já se disse em linhas atrás, nem sempre o mandado de segurança é examinado com simpatia pelo Judiciário, sobretudo quando nele se ataca ato judicial.

Com menor simpatia ainda a concessão de liminar.

Há quem sustente que a concessão ou não de liminar se situa no campo da discricionariedade do juiz; que o juízo, aqui, é subjetivo e de livre arbítrio. Essas são algumas das impropriedades que se lê em alguns julgados ou estudos doutrinários.

O sistema democrático de direito, por si só, já repele a idéia de arbítrio por parte do Poder Judiciário. Isso é inconcebível em um sistema que assenta em sua Constituição o exercício dos direitos sociais e individuais, assegurando, por outro lado, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, esta desde que atenda a sua finalidade social.

Como, então, admitir que o juiz possa decidir discricionariamente e com base no seu livre arbítrio? Evidente que esse entendimento não se harmoniza com a própria razão de ser do Poder Judiciário.

Que o juiz decida de acordo com a sua convicção não se discute, mas que não o faça arbitrariamente e motive as suas decisões.

Nunca a chamada discricionariedade deve culminar no arbítrio, pois este nunca é legal. Ora, o arbítrio não tem qualificativo; não há adjetivação que altere a sua essência. Parafraseando o grande e imortal Drummond, poder-se-ia dizer que o arbítrio é uma flor de pânico apavorando os cidadãos floristas.

DOCTRINA

O dogma da discricionariedade sempre fez fecundar a semente da insegurança e o Estado democrático de direito não pode conceber um sistema jurídico que contenha o grão da injustiça e do arbítrio, sobretudo aninhando-se no seio do Poder Judiciário.

Para a concessão da liminar no mandado de segurança, a lei estabeleceu dois pressupostos: a) **quando for relevante o pedido e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida.**

Atendendo o impetrante esses dois requisitos o juiz não deve denegar a liminar, sob pena sair do terreno da convicção fundamentada, para o arbítrio.

O relevante fundamento impõe a concessão da liminar, ainda mais quando aliado a este o segundo pressuposto legal que a enseja, que é a possibilidade de sobrevir a ineficácia da decisão final prolatada na ação de segurança.

Portanto, não se admitirá a medida liminar sem a necessária relevância do fundamento, nem se aceitará como válido ou incontrastável o seu indeferimento quando se apresentar este elemento e a ele se adicionar o segundo pressuposto legal exigido, qual seja, o risco de se tornar ineficaz a decisão ao final proferida.

O juiz, como lembra Hely Lopes Meirelles, não pode ser pródigo em matéria de concessão de liminar. Mas também não pode agir com sovinaría. Deve proceder com prudência e não titubear em concedê-la, quando presentes se fizerem os dois requisitos legais: a) relevância no fundamento do pedido e b) da demora do julgamento possa advir a ineficácia ou, como quer Pontes de Miranda, a ineficácia da segurança, caso seja afinal concedida.¹⁴

Não há dúvida, de outro lado, que a ineficácia da decisão prolatada, ao final, no mandado de segurança, transgreda a norma constitucional (art. 5º, LXIX), na medida em que impossibilita o cumprimento da finalidade protetora da ação, ficando em desvalia o objetivo de segurança jurídica.

Em síntese, salvo as restrições prevista na legislação vigente (Lei 4.348/64 e 5.021/66), satisfeitos os pressupostos para a concessão da liminar, o juiz não pode sonegá-la, sob pena de responsabilização pelos danos daí oriundos.

É importante ter presente que ao conceder a liminar no mandado de segurança o juiz não faz qualquer juízo sobre o mérito. Não concede a segurança porque o direito subjetivo do impetrante lhe pareça provável. Concede-a tão-só para garantir o possível (não provável) direito.¹⁵

RECURSO CONTRA A DECISÃO QUE DENEGA OU CONCEDE A LIMINAR

Trata-se de uma questão de suma relevância e que merece uma profunda reflexão.

14. Adhemar Ferreira Maciel, Observações sobre a liminar no mandado de segurança. (Mandado de Segurança, Saraiva, Sálvio Figueiredo).

15. Adhemar Ferreira Maciel, ob. cit.

Vamos nos limitar ao processo do trabalho, pois no processo comum, cabe, em tese, o agravo de instrumento.

Trata-se de uma decisão interlocutória, contra a qual não há recurso previsto.

Os regimentos internos de alguns tribunais regionais do trabalho trazem a previsão de agravo regimental para o colegiado.

O relator do agravo, contudo, é o próprio juiz que proferiu o despacho liminar, embora não vote.

A experiência tem demonstrado que dificilmente a decisão proferida pelo relator é reformada pela via do agravo regimental. Como regra, sequer, a matéria é debatida. Nem mesmo o agravante tem o ensejo de produzir sustentação oral na sessão de julgamento. Não raro o relator leva meses para submeter o agravo a julgamento, olvidando, por completo, a finalidade do mandado de segurança.

E o pior: contra o julgamento do agravo regimental nenhum recurso cabe.

A lei do mandado de segurança (art. 1.533/51, art. 10) estabelece prazos curtíssimos para o julgamento dessa ação (dez dias para que a autoridade coatora preste as informações, 5 dias para o Ministério Público se manifestar e, após, 5 dias para o julgamento), entretanto, na prática, esses prazos não são observados. Ainda que se reconheça que esses prazos são exíguos em face ao número de demandas que hoje chegam aos pretórios, nada justifica que se transforme o mandado de segurança em um procedimento custoso e lento. É preciso mudar e encontrar mecanismos que, efetivamente, consagrem o mandado de segurança como instrumento apto a proteger os direitos e as garantias fundamentais, quando esses direitos e essas garantias estejam sendo violados por ato ilegal e abuso praticado por autoridade, ainda que judiciária.

Atenta contra a boa ordem do processo sempre que se cria óbice à rápida tramitação do mandado de segurança. Esse atentado não pode e não deve ficar sem solução, sob pena de se comprometer a própria imagem da Justiça.

Assim, sempre que fiquem configurados **erros, abusos e atos contrários à boa ordem processual e que importem em atentado a fórmulas legais de processo e quando para o caso não haja recurso ou outro meio processual específico**, torna-se cabível a Correição, para o Tribunal Superior, pois não se pode admitir que essas práticas acabem por anular um instituto tão importante como o mandado de segurança.

É de se admitir, diante de um quadro como esse, ainda que em caráter excepcional, que o próprio Corregedor Geral possa deferir a liminar que foi sonegada, sob pena de grave e irreparável lesão. O direito não pode e não deve ignorar a realidade e nem se admite que, em nome do rito, que uma grave lesão a direito fique sem solução rápida.

No mínimo, a correição deve ser admitida no sentido de se determine uma rápida tramitação do mandado de segurança, sem as delongas que não raro ocorrem.

No processo do trabalho, contra a decisão regional que julga em definitivo o mandado de segurança, o recurso cabível é o ordinário, para a Subseção II de Dissídios Individuais do TST.

Transcreve-se, a seguir, algumas decisões sobre mandado de segurança contra ato judicial:

“Mandado de Segurança. Ato de juiz na execução provisória da sentença. Ordem de penhora em dinheiro, que alcança todo o numerário existente em agência do banco executado. Hipótese em que não se justifica a imposição de tal gravame, pois os bens oferecidos em garantia da execução provisória são suficientes para atender ao crédito. Direito do devedor de responder à execução pela forma menos gravosa. Art. 620 do CPC. Segurança concedida (TRT 4ª Reg., acórdão 94.015887-6 MS, Relator Juiz Flávio Portinho Sirangelo, DOE-RS de 03.11.94).

“PENHORA EM NUMERÁRIO.

Sendo a execução provisória e considerando-se que o juízo estava garantido, pela penhora de bens imóveis, indicados pelo executado, reputo abusiva a ordem de penhora de dinheiro, porque a mesma atinge o recorrente no seu direito de exercer as suas funções como banco estadual, ante a impossibilidade de movimentar o numerário penhorado. Recurso ordinário provido (TST, acórdão nº 2992/96, proc. ROMS nº 139860/94, SDI, DJU de 14.06.96, pág. 21267, Relator Ministra Regina Fátima Abrantes Rezende Ezequiel).

“EXECUÇÃO – BENS À PENHORA – BANCO – A gradação do art. 655 do CPC estabelece uma ordem preferencial que diz respeito à execução definitiva, objetivando à liquidez do crédito, não se aplicando em sua inteireza à execução provisória, quando a entrega do bem ao exequente depende ainda do futuro e incerto trânsito em julgado da decisão. A execução deve se fazer pelo modo menos gravoso ao executado. O certificado de depósito bancário (CDB) tem praticamente a liquidez da moeda. Segurança concedida para anular a penhora em dinheiro, transformando em penhora de CDB (TST-RO-MS 105.612/94.1, ac. SDI 4652/95, Rel. Ministro Vantuil Abdala, DJU de 07.12.95).

“MANDADO DE SEGURANÇA – PENHORA DE NUMERÁRIO – APLICAÇÃO DO ART. 620 DO CPC – Não obstante o art. 832, da CLT, remeter ao art. 655, do CPC, a ordem de nomeação de bens, o qual coloca em primeiro lugar a indicação de dinheiro, o art. 620, do mesmo estatuto processual, dispõe expressamente que “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. Tendo a executada oferecido bem livre e desembaraçado para garantia da execução, a penhora de dinheiro, o qual constitui em capital de giro da empresa, indispensável ao exercício da sua atividade, tal como o pagamento de fornecedores e custeio da folha de pessoal, poderá comprometer as atividades da impetrante. Não sendo o crédito definitivo, impugnável ainda por meio de embargos a execução, é direito líquido e certo da impetrante que seja aceito bem livre e desembaraçado para a penhora, como garantia

da execução. (TRT 24ª Região – MS 37/96, Ac. TP 3.158/96, Rel. Juiz David Balaniúć Júnior, DJMS de 09.01.97).

Mandado de Segurança – Antecipação de Tutela – Reintegração. No processo do trabalho não há recurso específico contra determinação proferida em tutela antecipada. Assim entendo possível a impetração de mandado de segurança desde que preenchidos seus requisitos. “In casu” discute-se reintegração de empregada antes do trânsito em julgado; tratando-se de obrigação de fazer, consistente na reintegração no emprego, é inviável a execução provisória, ante a impossibilidade de recomposição do “status quo ante”, na ocorrência de reforma do julgado, máxime pela inaplicabilidade do artigo quinhentos e oitenta e oito, inciso um, do CPC, na hipótese. Ademais, não autoriza a antecipada reintegração do empregado a eventual demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva, face à ausência de prejuízo irreparável, dado que a partir da definição do direito, no processo de conhecimento, ficará o demandado sujeito aos ônus da reintegração, com o pagamento dos salários e demais vantagens relativas ao tempo de afastamento do empregado. Recurso ordinário provido (TST – ROMS 363833/97, SDI -II, Min. Regina Fátima Abrantes Rezende Ezequiel, DJU 11-12-1998)

Mandado de Segurança – Antecipação da Tutela – Pressupostos – Verossimilhança – Relevância dos Fundamentos – Ausência. A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional poderá ser deferida pelo magistrado sempre que presentes os requisitos discriminados em lei. Esta é a dicção do artigo duzentos e setenta e três do Código de Processo Civil, quando exige que a parte demonstre, através de prova inequívoca, a verossimilhança da alegação apta a autorizar sua concessão, assim como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. O mesmo ocorre, no que concerne à obrigação de fazer, ante o que preconiza o artigo quatrocentos e sessenta e um do mesmo diploma, ao eleger o requisito da relevância do fundamento da demanda e o fundado receio de ineficácia do provimento final. Por conseguinte, concessão antecipada da tutela, sem observância de referidos pressupostos, caracteriza ato ilegal, ofensivo a direito líquido e certo da parte, passível de ser protegido pela via excepcional do mandado de segurança. Recurso ordinário provido. (TST – ROMS 362713/97, SDI – II, Min. Ministro Milton de Moura França, DJU 20-11-1998)

Mandado de Segurança – Tutela Antecipada – Reintegração. A reintegração de empregados importa obrigação de fazer e uma vez cumprida esta modalidade obrigacional dirime-se o litígio e satisfaz totalmente o pleito dos reclamantes. A doutrina tem se posicionado no sentido de que só há condições para cumprir esta obrigação mediante execução definitiva de sentença transitada em julgado da decisão proferida na causa principal, dada a impossibilidade de restituir as coisas ao “status quo ante”, caso sobrevenha senten-

ça ou acórdão que modifique a decisão já executada (TST – ROMS 343973/97, SDI-II, Min. Cnea Moreira, DJU 20-11-1998)

Antecipação de tutela – Reintegração. Se não é possível a execução provisória de obrigação de fazer (reintegração), também não será possível a antecipação de tutela (inteligência do parágrafo terceiro do artigo duzentos e setenta e três do CPC). Recurso desprovido (TST – ROMS 398254/97, SDI II, Min. Ângelo Mário de Carvalho e Silva, DJU 06-11-1998)

Reintegração. Convenção cento e cinqüenta e oito da OIT. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. A reintegração de empregado com base na convenção cento e cinqüenta e oito da OIT, deferida mediante antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, ofende o direito líquido e certo do empregador, na medida em que não encontra respaldo no artigo duzentos e setenta e três do CPC, ante a não-configuração do requisito da “verossimilhança” ali previsto. Realmente, a aplicação de referida convenção, no âmbito das relações trabalhistas no Brasil, que até então foi objeto de larga controvérsia, hoje já não mais comporta dúvida, tendo em vista sua denúncia junto à OIT, pelo governo brasileiro, com sua conseqüente não recepção pelo ordenamento jurídico pátrio. Recurso não provido (TST – ROMS 368298/97, SDI II, Min. Milton de Moura França, DJU 23-10-1998).

CONCLUSÃO

O instituto do mandado de segurança envolve temas de tal abrangência que seria impossível esgotá-los nos estreitos limites de um artigo doutrinário, nem tivemos essa pretensão.

Muito do que aqui se disse e escreveu, decorre da experiência vivida. Antes como magistrado e agora como advogado, mas sempre tendo presente que o mandado de segurança é um instrumento de suma relevância para a salvaguarda, sem tardança, dos direitos e garantias fundamentais, violados ou ameaçados de violação por ato de autoridade.

Não temos dúvidas que os tribunais devem fazer um grande esforço no sentido do julgamento rápido do mandado, sobretudo pela categoria de direitos que ele visa proteger.

Se o nosso estudo trazer algum contributo, por mínimo que seja, já estamos satisfeitos.