

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RICARDO DE OLIVEIRA COSENTINO

RIO DE JANEIRO

2008

Cosentino, Ricardo de Oliveira.

Cabimento de Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança/ Ricardo de Oliveira Cosentino. – 2008.

58f.

Orientador: Prof. José Eduardo Carreira Alvim.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 57-58.

1. Processo Civil - Monografias. 2. Mandado de Segurança. 3. Cabimento de Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança I. Cosentino, Ricardo de Oliveira. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito.

CDU 351.712(81)

RICARDO DE OLIVEIRA COSENTINO

CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio de Janeiro,  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. José Eduardo Carreira Alvim**

**RIO DE JANEIRO**

2008

RICARDO DE OLIVEIRA COSENTINO

**CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA**

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio de Janeiro,  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.**

**Data de aprovação:** \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Prof. José Eduardo Carreira Alvim – Orientador

---

Prof<sup>a</sup>.

---

Prof<sup>a</sup>.

A minha mãe, sem a qual nada disso seria possível.

Aos meus queridos amigos Luisa, Vitor e Camila por todo o apoio conferido.

## RESUMO

COSENTINO, Ricardo de Oliveira. Cabimento de Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança. 2008. 58f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia visa analisar as questões relevantes envolvendo o cabimento da interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que defere ou indefere o pedido liminar em mandado de segurança. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos estruturais e característicos do mandado de segurança, incluindo, para melhor compreensão do rito que o rege, a sua especialidade e as características inerentes à decisão liminar. Na segunda parte, faz-se um breve estudo do recurso de agravo em sua modalidade instrumento, a fim de delimitar o seu âmbito de aplicação e características. Em seguida, o estudo dedica-se à aplicação do Recurso de Agravo em sua modalidade instrumento em face da decisão que defere ou indefere a medida liminar pleiteada no mandado de segurança, analisando, para tanto, a compatibilidade recursal ao rito especial, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei nº 1553/51 no que diz respeito aos pontos omissos da referida lei, bem como a posição doutrinária e jurisprudencial sobre a questão controvertida.

*Palavras-Chave: Medida Liminar; Mandado de Segurança; Impugnação de decisões interlocutórias.*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo a análise do cabimento do recurso de agravo em sua modalidade instrumento em face da decisão liminar proferida em sede de mandado de segurança.

Para tanto, faz-se necessária a análise, ainda que de maneira superficial, do rito que rege o mandado de segurança, bem como dos ditames impostos pela Lei nº 1533/51.

Pretende-se demonstrar através do presente estudo que, em que pesem as alegações contrárias – não raro defendidas por respeitadores doutrinadores, as prescrições contidas na Lei nº 1533/51 não impõem qualquer óbice à recorribilidade das decisões liminares.

A análise contará com breve conceituação do recurso de agravo, tendo como foco a explanação a respeito do seu âmbito de aplicação, qual seja, a decisão interlocutória.

Inexistindo dúvidas acerca da natureza interlocutória da decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança, passar-se-á à análise pontual dos argumentos usualmente invocados por ambas as correntes (pro e contra a recorribilidade).

No capítulo que tratará especificamente do cabimento do agravo de instrumento em mandado de segurança, serão evidenciados os danos causados ao Impetrante em virtude do seu cerceamento de defesa decorrente da vedação à interposição do recurso.

Analisar-se-á, à luz ordenamento jurídico vigente, a sua aplicação subsidiária do CPC à lei especial nº 1553/51, suprindo-lhe as omissões, especialmente no que diz respeito à recorribilidade das interlocutórias.

Não obstante a análise à luz do CPC, será demonstrado que as alterações promovidas na legislação que rege o recurso de agravo, com a interposição do recurso em autos apartados diretamente ao tribunal ad quem, tornam insubsistentes quaisquer alegações acerca da morosidade causada ao mandado de segurança pela interposição do recurso.

Serão apresentadas as afrontas aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório causadas pela vedação à interposição do agravo de instrumento, uma vez que ceifam do impetrante a possibilidade de ver reanalisado o pedido de liminar.

Por fim, mediante demonstração de doutrina e jurisprudência, expor-se-á que o cabimento de agravo de instrumento em mandado de segurança já deveria, em virtude das afrontas que causa aos princípios constitucionais, e em especial às alterações importadas pela legislação recente, ser admitido sem maiores controvérsias.

## 2. MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é previsto expressamente na Constituição Federal em seu art. 5º, LXIX, inserido no Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos) do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), nos seguintes termos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por hábeas corpus ou hábeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O Conceito clássico de mandado de segurança é dado pelo prof. Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup>, para o qual:

(...) é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, seja de que categoria for e quais forem as funções que exerçam.

Ainda sobre o conceito, assevera Hugo Machado de Brito<sup>2</sup>:

O mandado de segurança, como se vê, destina-se à proteção do direito líquido e certo. Sabemos que todos os direito subjetivos decorrem sempre da incidência da norma. Compõe-se, portanto, de norma e de fato. Todo direito subjetivo tem esses dois ingredientes formadores: de norma e de fato. Todo direito subjetivo tem esses dois ingredientes formadores: a norma e o fato. O direito que pode ser protegido pelo mandado de

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 23ª edição, São Paulo. Editora Malheiros, 2007, p. 81

<sup>2</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de Segurança em Matéria Tributária*. 6ª edição. São Paulo Editora Dialética, p. 13

segurança, vale dizer, o direito líquido e certo, é aquele em cuja composição comparecem os fatos que não estão sendo discutidos. Não são objeto da controvérsia a ser superada pelo Juiz em face da impetração.

Em qualquer conflito a controvérsia pode ser estabelecida a respeito do significado na norma jurídica ou a respeito do fato sobre o qual essa norma poderá incidir. Diz-se, portanto, que as controvérsias a serem superadas pela atividade jurisdicional em geral podem ser sobre a matéria de direito, ou sobre a matéria de fato, ou sobre ambas as matérias.”

Conforme se verifica, cuida-se de ação que permite ao impetrante recorrer a um órgão do Estado (o Poder Judiciário) contra abuso e a ilegalidade de outro órgão do próprio Estado, ou que exerça atividade estatal por delegação. Um meio judicial, de rito especial e sumaríssimo, colocado à disposição dos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou praticados com abuso de poder.

O mandado de segurança funciona, portanto, como meio de controle da chamada “obrigação negativa do Estado”, uma vez que no estado democrático de direito, os entes estatais e aqueles que agem em seu nome NÃO podem agir ilegalmente, tampouco com abuso de poder, lesando direitos individuais ou coletivos.

## **2.1 Evolução histórica do mandado de segurança**

Após a Revolução de 1930, os trabalhos legislativos retornaram em 1934, quando voltou o assunto a ser debatido. A Comissão responsável pela elaboração do Anteprojeto Constitucional foi presidida pelo Min. AFRÂNIO DE MELO FRANCO. O relator da parte atinente ao mandado de segurança foi o Sr. JOÃO MANGABEIRA, que procurou tratar da questão nos seguintes termos:

toda pessoa que tiver um direito incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo, poderá requerer ao Poder Judiciário que a ampare com um mandado de segurança. O Juiz, recebendo o pedido, resolverá, dentro de 72 horas, depois de ouvida a autoridade coatora. E se considerar o pedido legal, expedirá o mandado ou proibindo esta de praticar o ato ou ordenando-lhe de restabelecer

integralmente a situação anterior, até que a respeito resolva definitivamente o Poder Judiciário.

Esta redação originária sofreu a emenda parcial que lhe opôs TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, que era, segundo reconheceu o próprio relator, mais sintética. Porém, restou prevalecendo o chamado Projeto MANGABEIRA, e que constituiu o art. 102, par. 21, do Anteprojeto enviado à Assembléia Nacional, tendo esta derradeiramente aprovado o texto, constante da Constituição de 16 de julho de 1934, em seu art. 113, nº 33:

“dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes.

Após o festejado surgimento do mandado de segurança em 1934, editou-se a Lei nº 191, de 15-01-36, para especificar o seu cabimento, a despeito do texto constitucional haver afirmado que o rito do instituto seria o mesmo do *habeas corpus*. A CF de 1937 não tratou em seu bojo do mandado de segurança, retirando do remédio a qualidade de garantia constitucional. Se cogitou, por esta razão, até mesmo da extinção do remédio do ordenamento pátrio. O Decreto-Lei nº 06, de 16-11-1937, evitou dúvidas a respeito. Este diploma normativo, todavia, restringiu a utilização do mandado quanto à legitimação passiva, como podemos observar da redação do seu art. 16, que prescrevia:

“Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, exceto, a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores”.

Nova restrição ao instituto lhe impôs o Decreto-Lei nº 96, de 22 de dezembro de 1937, determinando o seu art. 21 não caber mandado de segurança contra atos da Administração do Distrito Federal, hipótese em que seriam admissíveis somente os demais recursos judiciais previstos contra atos da Administração Federal, excluindo o remédio inclusive para impugnar atos de Prefeito, a partir da data da Constituição de 1937.

Dada a ausência de sua previsão constitucional e atendendo às restrições mencionadas pelos referidos diplomas normativos, o Código de Processo Civil de 1939 tratou de atribuir ao mandado de segurança nova disciplina, em seus arts. 319 a 331, relacionando-o entre os processos especiais.

Com o retorno do regime democrático, a Constituição de 1946 restabeleceu o mandado de segurança como garantia constitucional, ampliando o seu alcance e colocando por terra as restrições que lhe impunham o tratamento infraconstitucional do regime anterior. Assim é que, em seu art. 141, par. 24, a Carta de 1946 determinou que “*para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder*”. Inspirada pela Constituição democrática de 1946, a vigente Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, veio a regular o mandado de segurança, sofrendo, no entanto, algumas alterações, principalmente por força da Lei nº 4.166, de 04-12-62, da Lei nº 4.348, de 26-06-64 e da Lei nº 5.021, de 09-06-66, dentre outras.

A CF de 1967 previu em seu art. 150, par. 21, o mandado de segurança “*para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder*”. A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, no par. 21 de seu art. 153 repetiu exatamente o texto da Constituição de 1967.

O vigente Código de Processo Civil, de 1973, não disciplinou o remédio constitucional, ao contrário do que fizera o Código de 1939. Por sua vez, a Lei nº 1.533/51, diploma legal do *writ*, continua em vigor. A garantia é prevista na atual Constituição da República, de 05 de outubro de 1988, “*para proteger líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*” (art. 5º, LXIX, CR/88).

A CF inova ao prever não só o mandado de segurança individual, como também o coletivo, conforme preceitua o seu art. 5º, inciso LXX. Seguirá esta espécie do remédio o mesmo procedimento do *mandamus* de proteção a direito individual, tendo em vista que somente inovou a Carta de 1988 quanto à legitimidade ativa das entidades que podem impetrar o mandado de segurança coletivo. Quanto à impetração, convém anotarmos, será esta sempre em nome próprio da entidade.

É importante que se afirmando-se que tal remédio constitucional constitui, hoje, ao lado do *habeas corpus*, a principal garantia que se pode valer o indivíduo ante os desmandos do Poder Público. No dizer autorizado de ALFREDO BUZAID, “*nele está expressa a mais solene proteção do indivíduo em sua relação com o Estado e representa, em nossos dias, a mais notável forma de tutela jurídica dos direitos individuais que, por largo tempo, foi apenas uma auspiciosa promessa*”.<sup>3</sup>

## 2.1 Modalidades de mandado de segurança

Sucintamente pode-se dizer que o mandado de segurança é admitido sob as modalidades repressiva ou preventiva.

Diz-se que o mandado de segurança repressivo tem como objeto reparar uma ilegalidade ou abuso de poder já cometidos. Ao tomar conhecimento da pratica de ato ilegal ou abusivo por parte da autoridade coatora, o titular do direito impetra o mandado de segurança com o fito de reprimir a ilegitimidade da conduta.

Impende ressaltar que o mandado de segurança pode ter por objeto a repressão de um ato comissivo ou de uma omissão ilegais ou abusivos.

Se a autoridade coatora age positivamente, praticando determinado ato com ilegalidade ou abuso de poder (a exigência de um tributo inconstitucional, por exemplo), a impetração do mandado de segurança visará reprimir um ato comissivo, obtendo-se provimento jurisdicional para que a autoridade ponha fim à pratica do ato (no exemplo, para que cesse a exigência da exação).

---

<sup>3</sup> BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 324

Pode ocorrer, porém, de o mandado de segurança repressivo ter por objeto a repressão de uma omissão ilegal ou abusiva, como ocorre na hipótese de determinada autoridade não proceder ao despacho e um processo administrativo no prazo fixado em lei (o objeto do mandado de segurança, neste caso, será por fim à omissão, obtendo-se uma determinação judicial para que a autoridade pratique o ato).

Por outro lado, o mandado de segurança preventivo tem por objeto uma ameaça ao direito líquido e certo do impetrante. O ato ilegal ou abusivo ainda não foi praticado, mas há forte risco – uma ameaça concreta, ao impetrante de que ele venha a ser realizado.

O mandado de segurança preventivo tem sido largamente utilizado em matéria tributária, em que o contribuinte antecipa-se à ação do fisco, buscando a tutela jurisdicional para que não lhe seja exigido um tributo inconstitucional.

Imagine-se que uma lei tenha instituído, em julho de 2007, determinado tributo sujeito ao princípio da anterioridade, que, portanto, somente será exigível em relação a fatos geradores ocorridos a partir do primeiro dia do exercício seguinte (1/1/2008). Nesse caso, a partir da publicação da lei (julho de 2003), o contribuinte já poderá ingressar com mandado de segurança preventivo, com o fim de evitar que o fisco venha, a partir de 1/1/2008, exigir-lhe tal exação tributária.

Nesse caso, não se pode falar em descabimento do mandado de segurança por se tratar de “lei em tese”, que ainda não produziu efeitos concretos. É que, considerando que a atividade de lançamento e exigência do crédito tributário é obrigatória e plenamente vinculada à lei, a mera publicação da lei já traz em si a presunção de que o fisco irá aplicá-la, exigindo o tributo dos contribuintes.

Não obstante as modalidades preventiva e repressiva do mandado de segurança, faz-se necessário mencionar outra especificação desta ação, que é a sua divisão em individual e coletivo.

O mandado de segurança individual protege o direito líquido e certo do impetrante de quem buscou a tutela jurisdicional. O direito individual a ser invocado deve ser do impetrante, caso o direito seja de outrem, não será amparável por mandado de segurança.

No que diz respeito ao mandado de segurança coletivo, este protege direito pertencente a uma coletividade ou categoria, devidamente representadas por quem de direito.

Para José Cretella Júnior<sup>4</sup>, mandado de segurança coletivo é ação de rito especial que determinadas entidades, enumeradas expressamente na Constituição, podem ajuizar para defesa, não de direitos próprios, inerentes a essas entidades, mas de direito líquido e certo de seus membros, ou associados, ocorrendo, no caso, o instituto da substituição processual."

Na atual constituição<sup>5</sup>, o mandado de segurança coletivo só pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Importante destacar que o número de indivíduos que figuram como impetrantes na ação é irrelevante para descaracterizá-la como mandado de segurança individual. Tanto é individual o mandado de segurança impetrado por uma só pessoa quanto aquele impetrado por um grupo determinado de indivíduos, não importando a quantidade de componentes.

No mandado de segurança coletivo, o interesse invocado pertence a uma categoria, agindo o impetrante – partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação, como mero substituto processual da relação jurídica. Vale dizer, referidas entidades impetram mandado coletivo em seu nome, mas na defesa dos interesses de seus membros ou associados.

## 2.2 Direito líquido e certo

Em consonância com a exigência imposta pela CF, nem todo direito é amparado pela via do mandado de segurança. A mera expectativa de direito não é protegida por mandado de segurança.

O direito líquido e certo é aquele demonstrado de plano, de acordo com o direito, e sem incerteza, a respeito dos fatos narrados pelo impetrante. É o direito indubitavelmente

---

<sup>4</sup> JÚNIOR, José Cretella. *Do Mandado de Segurança Coletivo*. 2ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 1991. p. 8.

<sup>5</sup> Art. 5, inciso LXX.

comprovado por meio de documentação inequívoca, apresentada no momento da impetração do *mandamus*.

Para o prof. Hely Lopes Meirelles<sup>6</sup>, direito líquido e certo “é o que se apresente manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”.

Na esteira dessa orientação, se a existência do direito for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não será cabível o mandado de segurança. Esse direito incerto, indeterminado, poderá ser defendido por meio de outras ações judiciais, mas não na via especial e sumária do mandado de segurança.

Por esse motivo, não há, em regra, instrução probatória no mandado de segurança. Impetrado o mandado, com a petição inicial e todos os documentos que comprovam, de plano, o direito líquido e certo do impetrante, haverá apenas a manifestação da autoridade coatora, prestando as informações ao juízo, para que este decida o direito, por meio da concessão de medida liminar ou da própria sentença. Não haverá produção de provas supervenientes, devendo estas, como mencionado, ser préconstituídas e apresentadas quando da impetração.

Nesse ponto há que se destacar que a doutrina e jurisprudência firmaram entendimento no sentido de que a exigência de certeza e liquidez recai sobre a matéria de fato e não sobre a de direito. Os fatos alegados pelo impetrante é que carecem de certeza e liquidez, fazendo-se necessária sua comprovação. O impetrante, a fim de que tenha direito à concessão do *mandamus* deve comprovar com certeza inafastável, a materialidade fática da situação jurídica por ele suscitada.

Quanto ao direito, este é sempre líquido e certo. Eventuais dúvidas acerca da interpretação do direito sempre podem existir, mas esse fato não afasta a possibilidade de utilização do mandado de segurança. Da mesma forma, a simples alegação de “grande complexidade jurídica” do direito invocado não é motivo para obstar a utilização da via do mandado de segurança.

Em suma, a exigência da liquidez e certeza recai sobre a matéria de fato trazida à baila pelo impetrante para o ajuizamento do mandado de segurança. Estes, decerto, necessitam de comprovação inequívoca.

---

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. Cit. p.37

## 2.3 Partes do Mandado de Segurança

### 2.3.1 Impetrante

O impetrante é o titular do direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. É aquele que pode valer-se da ação de mandado de segurança para salvaguardar o seu direito lesado, ou ameaçado de lesão por uma ilegalidade ou abuso de poder. É o sujeito ativo do mandado de segurança.

No mandado de segurança, alias, tem sido mais largo do que em geral, o conceito de parte, no que concerne ao impetrante, graças à consideração de que as garantias constitucionais não devem ser objeto de restrição, para que alcancem sua plenitude. Por isso mesmo, como peculiaridade do mandado de segurança, tem sido admitidas como autores “entidades públicas despersonalizadas”.

Segundo dispositivo expresso da lei, o titular de direito líquido e certo decorrente de direito em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para tanto notificado judicialmente.

Sinteticamente, podem impetrar mandado de segurança:

- a) as pessoa físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, domiciliadas ou não no Brasil;
- b) as universalidades reconhecidas por lei que, embora sem personalidade jurídica, possuem capacidade processual para defesa de seus direitos.

Como exemplos de universalidade despersonalizadas reconhecidas por lei, cita-se o espólio, a massa falida, o condomínio de apartamentos, a herança, a sociedade de fato, a massa do devedor insolvente, entre outros.

- c) os órgãos públicos que, embora despersonalizados, possuem capacidade processual para defesa de suas prerrogativas.

Como se sabe, os órgãos públicos distinguem-se das entidades públicas pelo fato de aqueles serem desprovidos de personalidade jurídica, ao passo que estas são dotadas de personalidade jurídica. Por exemplo: a União é uma entidade pública, detentora de personalidade jurídica; os ministérios, as secretarias, os departamentos federais, desprovidos de personalidade jurídica, integrantes da estrutura da União.

Em regra, órgãos públicos não exercem capacidade processual, ficando esta a cargo da entidade à qual pertencem (pois, na verdade, os órgãos são meras repartições de competência da entidade). Por isso, nas ações judiciais ordinárias, quem figura é a entidade, e não o órgão.

No caso de mandado de segurança, porém, é reconhecida a capacidade processual do órgão público para a defesa de suas prerrogativas e atribuições. Se um órgão público vislumbra que suas prerrogativas ou atribuição estão sendo invadidas, usurpadas por outro ente qualquer, poderá valer-se do mandado de segurança para assegurar tais prerrogativas e atribuições.

Entretanto, não é todo órgão público que pode impetrar mandado de segurança. Apenas os órgãos públicos de grau superior que possuem prerrogativas e atribuições institucionais, podem fazê-lo. Seria o caso das chefias do poder executivo, das mesas do poder legislativo e das presidências dos tribunais.

d) os agentes políticos na defesa de suas atribuições e prerrogativas.

Os chamados agentes políticos, que detém prerrogativas e atribuições próprias, podem utilizar-se do mandado de segurança contra ato de autoridade que tolha o desempenho de suas atribuições ou afronte suas prerrogativas. Como exemplos, pode-se citar o governador de estados, prefeitos, juízes entre outros.

### 2.3.2 Impetrado

O Impetrado é a autoridade coatora que, em virtude da prática de ato consubstanciado em abuso de poder ou ilegalidade, figura no pólo passivo do mandado de segurança.

Podem figurar no pólo passivo do mandado de segurança:

a) autoridade pública de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, bem assim de suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.;

Cabe ressaltar que mesmo as autoridades do Poder Judiciário respondem em mandado de segurança, quando praticam atos administrativos ou proferem decisões judiciais que lesem direito líquido e certo do impetrante.

b) agente de pessoa jurídica privada, desde que no exercício de atribuições do poder público.

Conforme se verifica, não são apenas as autoridades públicas que podem ser sujeito passivo no mandado de segurança. A ilegalidade ou o abuso de poder podem advir, também, de agente de pessoa jurídica privada, desde que no desempenho de atribuições do Poder Público. É o caso, por exemplo, dos concessionários e permissionários, que executam serviços públicos por delegação do poder público.

Os agentes de pessoa privada só respondem em mandado de segurança se estiverem, por delegação, no exercício de atribuições do poder público. Atos privados praticados por pessoas, empresas ou instituições particulares, não se consideram “atos de autoridade” para fins de impetração de mandado de segurança. Se uma pessoa privada praticou ato ilegal contra o indivíduo, este ato não será passível de mandado de segurança (ressalvada a hipótese de referida empresa ter praticado esse ato no exercício de atribuição do Poder Público).

Importantíssimo destacar que o impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou órgão a que pertence e ao qual seu ato é impugnado em razão do ofício.

No hipotético caso de o Delegado da Receita Federal praticar um ato eivado de ilegalidade ou abuso de poder, o mandado de segurança deverá ser impetrado contra o Delegado da Receita Federal, e não contra a Secretaria da Receita Federal.

Entretanto, apesar da autoridade coatora ser o órgão específico responsável pelo ato supostamente ilegal, devendo esta figurar no pólo passivo do mandado de segurança, em virtude das alterações trazidas pelo art. 19 da Lei nº 10.910/04, os entes federativos devem, obrigatoriamente ser intimados para defender o ato impugnado:

Art. 3º Os representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações serão

intimados pessoalmente pelo juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, das decisões judiciais em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópias dos documentos nelas mencionados, para eventual suspensão da decisão e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

Dessa forma, pretendeu o legislador reforçar a defesa autoridade coatora, prestigiando-lhe o ato que, por sua essência, goza de presunção de veracidade. Aumenta, por conseguinte, a necessidade da carga probatória a ser apresentada pelo Impetrante para demonstrar de maneira irrefutável a ilegalidade do ato.

## 2.4 Medida Liminar

### 2.4.1 Liminares em Mandado de Segurança

No que concerne especificamente ao mandado de segurança, é de se salientar que no sistema processual vigente à época da implantação da lei 1.533/51, não havia mecanismo ordinário capaz de ter eficácia comparável à liminar em mandado de segurança. Necessitando operar o *mandamus* contra a auto-executoriedade e a presunção de legitimidade dos atos administrativos, era bem de ver que a previsão de liminar era inerente ao procedimento, de forma a impedir a consolidação de lesão. O célere rito do mandado de segurança não seria por si só suficiente para fazer frente à pronta operatividade dos atos administrativos, que poderia redundar em prejuízos irreparáveis, tornando o exercício da função jurisdicional a *posteriori* ineficaz. Era necessária uma medida pronta e eficiente que tomou forma sob a previsão no inciso II do art. 7º da Lei nº 1.533/51, que assim dispõe:

Art. 7º Ao despachar a petição inicial, o juiz ordenará:

(...)

II – que 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.

Esclareça-se, de início, que a liminar não é uma liberalidade<sup>7</sup> da Justiça, e por sua natureza resguardadora do direito do Impetrante, não pode ser negada quando verificados os seus pressupostos, na mesma medida em que não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua concessão.

O procedimento especial do mandado de segurança já antevê, em suas próprias prescrições, previsão de antecipação liminar dos efeitos da tutela, como forma de afastar eventual risco à efetividade da futura sentença concessiva.

Com efeito, conforme mencionado, a Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951, em seu art. 7º, inciso II, estabelece que o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu azo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso ela seja deferida.

Extraí-se da leitura do dispositivo legal, sem qualquer esforço do intérprete, que os pressupostos para o deferimento da medida liminar em mandado de segurança são os mesmos exigidos para o deferimento das cautelares em geral, quais sejam, *aparência do bom direito*, e *o perigo da demora*.

Na lição do brilhante doutrinador Hely Lopes Meirelles<sup>8</sup>, em razão da medida liminar caracterizar-se como um procedimento acautelador, “*não importa pré-julgamento; não afirma direito; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado*”.

A necessidade de relevante fundamento revela indubitavelmente a necessidade de *fumus boni iuris*. Esta referência, que está presente nas cautelares e nas antecipações de tutela com outros termos, está relacionada à plausibilidade do direito alegado. Representando as liminares, como antes visto, juízos baseados em verossimilhança resultante de cognição sumária, há que resultar da análise do material probatório e do direito invocado a plausibilidade das alegações a conceder razoável possibilidade de êxito após juízo de cognição exauriente. Para que seja atingido este conjunto, dois aspectos são importantes.

---

<sup>7</sup> “inexiste, na espécie, qualquer arremedo de discricionariedade ou liberdade ao magistrado a permitir que, não obstante a concorrência dos pressupostos legais, deixasse de conceder a medida liminar. A recíproca é verdadeira, isto é: quando ausentes os pressupostos da liminar, o magistrado *deve* indeferi-la” BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 4ª ed, São Paulo, Saraiva, 2008, p.93.

<sup>8</sup> MEIRELLES. Hely Lopes. Ob. Cit. p. 81

O primeiro diz respeito à força da carga probatória acostada à inicial, já que é a partir dos documentos ali acostados que recairá o juízo de valor atribuído pelo Magistrado. Uma vez que não é admitida dilação probatória pelo rito do mandado de segurança, da maior ou menor força probatória dos documentos depende a configuração fática trazida à discussão na lide. Em sendo a causa de pedir resultante da fusão de fatos e fundamentos jurídicos, o primeiro elemento, ou seja, os fatos, dependem exclusivamente da aptidão da prova documental a ensejar um juízo de probabilidade onde estejam presentes mais e mais fortes motivos de acolhida do que de rejeição da pretensão invocada.

Por outro lado, a relevância da fundamentação também está relacionada ao teor do direito invocado. Haverá plausibilidade tanto maior quanto maior for a substância dos argumentos trazidos à colação. Demonstrada a existência dos fatos, cumpre ao impetrante demonstrar onde reside a ilegalidade ou o abuso de poder, demonstrando em que consistiu a ilegalidade ou o abuso de poder.

Não bastasse a necessidade de comprovação da efetiva violação do direito alegado, cumpre ao Impetrante a demonstração do perecimento do seu direito caso a medida não lhe seja concedida.

Neste contexto, ressalta-se que a liminar em mandado de segurança também tem como requisito a possibilidade de ineficácia do provimento final, o que significa um *fumus boni iuris* qualificado, que não visa afastar o "prejuízo grave e de difícil reparação" do art. 273 do CPC, mas sim a real possibilidade de um provimento inútil. Em tal hipótese, assemelha-se ao requisito para a concessão da liminar "*inaudita altera pars*", insculpido no art. 804<sup>9</sup> do CPC, pois neste art. também se condiciona a providência à possibilidade de ineficácia do provimento caso o requerido seja citado. Não basta, portanto, mera possibilidade de prejuízo, carecendo mais do que isto da possibilidade de ineficácia de decisão final.

Desde que prove o interessado que a concessão tardia da medida poderá ser inócua face à irreparável lesão que invariavelmente sofrerá seu direito líquido e certo, o juiz ordenará, de imediato, que a autoridade apontada como coatora pratique, ou não, o ato impugnado.

Surge, portanto, a importância do impetrante promover, desde a propositura da ação, todas as provas necessárias a demonstrar que existe um direito líquido e certo e que a

<sup>9</sup> Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após a justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citada, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

autoridade impetrada estorva o exercício deste direito. Não basta, para obtenção da liminar, que a parte alegue ser o dano irreparável. É necessário que o interessado demonstre, de forma cabal e incontestável, que a negação da medida liminar lhe acarretará um dano de tal sorte irreparável que a concessão do mandado não mais surtirá qualquer efeito jurídico, a não ser o de demonstrar que o direito tutela de fato fora violado.

Neste sentido, Cássio Scarpinella Bueno<sup>10</sup>, sintetiza a ausência de discricionariedade do juiz quando preenchidos os requisitos legais ao sustentar que “toda vez que o dano que o mandado de segurança quer evitar – para assegurar o exercício pleno do direito do impetrante – tender a se consumir antes do julgamento da ação, o caso é de *ineficácia da medida*, e, desde que presente o outro elemento do inciso II do art. 7º em análise, legitima a concessão da liminar”.

A liminar quando presentes os requisitos, direito líquido e certo e a prova da violação dele, deverá ser concedida como meio de utilidade prática, pois mandado de segurança sem liminar não é garantia constitucional.

A liminar no mandado de segurança é exigida em razão da relevância do direito e da sua utilidade prática, entretanto, ficando condicionada a exibição dos requisitos para a impetração, o direito líquido e certo e a violação dele, não ensejando apenas a fumaça do bom direito porque o direito deve ser manifesto, demonstrado de plano, cristalino e indubitável, porque se não indubitável o direito, é porque não serve para ser apreciado em sede de mandado de segurança.

#### 2.4.1 Liminares antecipatória e cautelares

São inúmeros os questionamentos apontados por diversos doutrinadores entre os institutos de tutela antecipada e da tutela cautelar. A partir do estudo de suas mais relevantes semelhanças e diferenças, fica clara a razão pela qual o legislador vem se esforçando para evitar conflitos e interpretação que prejudicam a própria finalidade da atividade jurisdicional.

Assim, cabe ressaltar inicialmente que foi em razão da falta de previsão legal expressa que, no Brasil<sup>11</sup> a antecipação de provimentos satisfativos começou a ser tratada sob o manto

<sup>10</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. Ob. Cit. p. 93

<sup>11</sup> Cabe lembrar que no direito italiano verifica-se a existência de cautelares cujo objeto é o bem da vida pretendido pelo autor, as quais recebem a nomenclatura de cautelares satisfativas ou de índole

do poder geral de cautela estabelecido pelo art. 798 do CPC.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior, ao lecionar a respeito das tutelas de urgência, afirmava que “são providências que têm natureza jurídica, conteúdo e finalidade distintas, de modo que não podem ser confundidas”<sup>12</sup>

Segundo lição de Humberto Theodoro Junior, ao fazer uma análise da distinção sob o ângulo da afetação do patrimônio jurídico das partes, aduz que tanto a liminar da tutela cautelar como da tutela antecipatória retiram algo da defesa jurídica do demandado, privando-o do gozo, atual ou potencial, de um certo direito. É no entanto, em relação ao promovente que os efeitos se distinguem de maneira mais sensível: a cautela não lhe acrescenta de imediato nada no ativo jurídico, salvo a segurança, já o provimento antecipatório outorga-lhe o desfrute imediato do bem ou direito<sup>13</sup>.

A partir desse entendimento e após a análise dos conceitos e requisitos das tutelas antecipada e cautelar, cabe analisar, comparativamente, os principais aspectos de ambos os institutos, permitindo ao intérprete do direito entender as questões que levaram o legislador a trazer o que se convencionou chamar de fungibilidade entre as tutelas de urgência:

a) apesar de desempenharem função constitucional semelhante, propiciando condições de ponderação entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica, o regime processual e procedimental ao qual se sujeitam a tutela cautelar e antecipatória são distintos, tendo em vista que a tutela cautelar é postulada em ação autônoma, enquanto que a tutela antecipada é postulada incidentalmente ao processo principal, de modo que haja uma antecipação da eficácia do provimento final demérito, sendo esta diferença motivo de diversos estudos doutrinários.

b) mesmo estando ausente a certeza jurídica em ambos os casos, o requisito da verossimilhança exigido na antecipação de tutela se difere do *fumus boni iuris* da cautelar na medida em que este último, por um juízo de aparência, se satisfaz com a exposição dos fatos objeto da lide, ainda que desprovida de provas (plausibilidade do direito invocado), diferentemente do juízo de probabilidade exigido pela antecipação de tutela, o qual requer prova inequívoca de verossimilhança das alegações.

---

meritória.

<sup>12</sup> JUNIOR, Nelson Nery. *Atualidades sobre o Processo Civil: a reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de dezembro de 1994*. 1ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1994. p. 121

<sup>13</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Tutela Cautela e Tutela Antecipatória em Matéria Tributária*. 4ª ed, São Paulo, Revista Jurídica. 2000, p.27.

Cabe ressaltar que essa hipótese se apresente como motivo marcante para conflitos de semelhança e distinções entre as tutelas de urgência. Por isso, vale trazer aqui a brilhante lição de Luiz Fux a respeito das distinções entre os requisitos das tutelas de urgência:

A diferença está em que o *periculum in mora* no processo cautelar refere-se à futura tutela: há um risco de malogro da prestação jurisdicional principal e definitiva. Na tutela de segurança ou satisfativa urgente, a periclitacão é do próprio direito material da parte própria, a pretensão é que está sob a ameaça de desaparecimento naquele momento, não se cogitando outro qualquer processo<sup>14</sup>.

c) a técnica de cognição utilizada em ambos os institutos, apesar da semelhança marcada pela sumariedade tanto nos juízos de probabilidade quanto nos de aparência são distintas, na medida em que este último, relativo à tutela cautelar, requer uma cognição mais superficial, já que as antecipações de tutela exigem uma probabilidade máxima.

d) quanto ao conteúdo, vale ressaltar que no caso da tutela antecipatória verifica-se uma coincidência entre o pedido antecipatório e o definitivo, o que não ocorre no pedido cautelar.

e) em relação à provisoriedade, ainda que ausente em algumas medidas cautelares, pode-se afirmar que encontra-se presente em ambos os institutos, em que pese entendimentos no sentido de que a tutela cautelar é temporária, até porque, nesse caso, a sua duração está adstrita à efetivação da decisão de mérito relativa ao processo principal, enquanto que no caso da tutela antecipada, sua duração ocorre até a sentença, ocasião em que é substituída para ganhar uma roupagem definitiva.

f) pelo princípio da fungibilidade que sempre norteou a tutela cautelar, permite-se a sua concessão mesmo que requerida em conteúdo diverso, ou até de ofício, quando a lei autorizar ( art. 797 do CPC). Já no caso da tutela antecipada, não há previsão expressa nessa sentido, apesar de ser aceita a sua concessão de ofício por certos doutrinadores.

g) quanto à responsabilidade do requerente, o art. 811 do CPC afirma que este deverá responder pelos prejuízos que causar ao requerido quando, por exemplo, a sentença lhe resultar desfavorável. Já no caso da antecipação de tutela, apesar de noção haver norma

---

<sup>14</sup> FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, 2ª ed., São Paulo. Saraiva, 2000. p. 352-353

expressa nesse sentido o tratamento é o mesmo, sobretudo após a alteração trazida pela reforma de 2002, que reformou o § 3º do art. 273 do CPC.<sup>15</sup>

Com efeito, se não bastasse a identidade de funções entre a tutela antecipada e cautelar, a proximidade verificada entre o *fumus boni iuris* da cautelar e a verossimilhança da alegação da tutela antecipada em muito contribuiu para uma dificuldade de diferenciação, nem sempre perceptível ao intérprete do direito.

O que se apresenta como incontroverso é o fato de que as tutelas antecipada e cautelar, apesar de diversas, em muito se assemelham, sobretudo pela identidade de funções, o que tem gerado diversas discussões acerca da análise da tutela na análise dos casos que são levados à apreciação do poder judiciário.

Dessa forma, sinteticamente vale dizer que a diferenciação entre tutela antecipatória e tutela cautelar se faz a partir da análise da relação do pedido liminar com o pedido final (ou de mérito). Se a liminar tiver em mira apenas o asseguramento da plena eficácia do pedido de mérito, será cautelar. Se, inversamente, o pedido de liminar coincidir com o pedido de mérito, sua natureza será de tutela antecipada.

### **3. AGRAVO DE INSTRUMENTO**

---

<sup>15</sup> SILVA. Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, 6ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003. p. 146, vol I.

### 3.1 Noções Gerais

O recurso de agravo teve sua regulamentação inteiramente reformulada quando da reforma do CPC, consubstanciada nas Leis nº 9.139/95 e 11.187/2005.

Agravo é a denominação de um gênero de recursos, sendo possível a identificação de três espécies: o agravo de instrumento, o agravo retido e o agravo interno.

As duas primeiras espécies são reguladas pelos arts. 522 a 529 do Código de Processo Civil, sendo cabíveis, como esclarecido em item anterior, em face de decisões de juízo de primeira instância. No que concerne ao agravo interno, é o recurso cabível contra decisões proferidas pelos relatores dos recursos (e processos de competência originária) nos tribunais, nas hipóteses em que a eles se dá autorização para proferir decisões como juízos monocráticos.

No presente estudo atem-se ao agravo proferido contra decisões proferidas pelos juízos de primeira instância, regido pelos arts. 522 a 529 do CPC.

Deve-se dizer, porém, e preliminarmente, que como regra geral o agravo deve ser interposto na forma retida. O agravo de instrumento só é admissível quando da decisão interlocutória recorrida puder advir dano grave de difícil reparação, ou nos casos de decisão que não recebe a apelação ou declara os efeitos em que esta é recebida. Apenas nesses casos se admite o agravo de instrumento.<sup>16</sup>

Em outros termos, significa dizer que o agravo de instrumento só pode ser apreciado nos casos em que a retenção do agravo retiraria deste qualquer utilidade. Imagine-se, por exemplo, em um agravo contra decisão que defere ou indefere medida jurisdicional de urgência (como no caso da liminar em mandado de segurança). Parece evidente que a urgência alegada como requisito da medida postulada faz com que se tenha de apreciar, desde logo, o recurso.

Após o recebimento do recurso seja em sua modalidade retida, seja a notícia de sua interposição por força do art. 526<sup>17</sup> do CPC, concede-se ao juiz a possibilidade de exercício do

<sup>16</sup> Antes da edição da Lei 11.187/2005 era outro o regime, e havia mais liberdade de escolha entre os dois regimes do agravo. Com a referida lei, e a redação que deu ao art. 522 do CPC, acabou por ser revogado o § 4º do art. 523 do mesmo Código, que estabelecia os casos – que então eram excepcionais – em que não havia possibilidade de escolha por um ou outro dos modos de interposição desse recurso.

<sup>17</sup> Art. 526 O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o processo.

denominado juízo de retratação, que nos ensinamento de Alexandre Freitas Câmara<sup>18</sup>, assim se conceitua:

O juízo de retratação, a ser exercido pelo magistrado após o oferecimento das contra-razões (ou decorrido in albis o prazo para o seu oferecimento, nada mais é do que uma nova oportunidade para que o juiz aprecie a matéria decidida pelo provimento agravado. Poderá o juiz, assim, manter sua decisão ou reforma-la. Retratando-se o juiz de sua decisão, *tollitur quaestio*, pois o recurso terá alcançado seu objetivo. A nova decisão, que reforma a anterior, poderá ser atacada pela parte interessada através de recurso próprio.

Não sendo exercido o juízo de retratação, mantendo-se a decisão a gravada e processando-se o agravo no tribunal ad quem, podendo a ele ser atribuído ou não o efeito suspensivo obstador dos efeitos da decisão agravada, quando demonstrados o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

### 3.2 Decisões agraváveis

O art. 522<sup>19</sup> do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 9.139/95, estabelece que o recurso de agravo tem cabimento contra decisões interlocutórias, sem delimitar, todavia, o conceito de decisão sobre o qual deve recair o recurso. Não obstante a tentativa de vedar a interposição do recurso contra despachos de mero expediente, conforme estabelecido no art. 504 do CPC, o legislador não conseguiu estabelecer a diferenciação entre tais conceitos.

A doutrina, a seu turno, cuidou de conceituar e especificar sobre quais tipos de decisões deveriam desafiar o recurso de agravo, e apesar de algumas divergências quanto a esparsas questões, foi hábil ao diferenciar os conceitos de decisão e despacho, o que, certamente, constitui o ponto de partida para o entendimento do trâmite do recurso.

---

<sup>18</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006, p. 103

<sup>19</sup> Art. 522 Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida sua interposição por instrumento

O art. 162, § 3º do CPC definiu despacho como “*todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelecer forma*”.

Tendo em vista que o referido art. pouco esclarece, utiliza-se do conceito formulado por Vicente Greco Filho<sup>20</sup> ao lecionar que “*despachos são aqueles sem conteúdo decisório ou de conteúdo decisório mínimo e que, por essa razão, não têm o condão de causar a sucumbência. São despachos ordinatórios do processo, que não causam gravame de ordem material ou processual*”.

O critério para distinção é o da *natureza*<sup>21</sup>, e não o da denominação legal: ainda que o Código chame de “despacho” a algum ato decisório, caso o seu teor tenha o condão de causar gravame à parte ou decida questão incidente, cabível é o agravo.

A confusão entre despachos e decisões, se já era comum, agravou-se com o acolhimento pela Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, do denominado “automatismo judicial”, que implementado por força do art. 162, § 4º do CPC, houve por atribuir funções ligadas ao impulso processual a auxiliares da justiça, amenizando a sobrecarga de trabalho dos juízos, de maneira que o próprio cartorário efetue determinados atos de rotina, os quais, obviamente, são totalmente desprovidos de caráter decisório.

Entretanto, deve-se observar que a prerrogativa do escrivão praticar atos encerra-se sempre que sobre determinado ato puder haver algum tipo de juízo de valor que acarretaria a adoção de medida diversa, ou seja, para que seja possível a prática do ato ordinatório, faz-se necessário que referido ato seja a única opção a ser adotada.

Neste sentido, Tereza Arruda Wambier<sup>22</sup> opina que parece que tal situação ocorre sempre que se colocar ao juiz a possibilidade de proferir despacho OU deliberar de outro modo. Diversamente, quando não se permitir a iniciativa do juiz quando à escolha de outra opção, seguramente será o caso de incidência do art. 162, § 4º, do CPC.

Mais adiante, a mesma autora, na mesma obra supracitada, esclarece que o *grau de complexidade de raciocínio exigido pelo agente* para a prática do ato deve ser critério diferenciador entre os atos exarados pelo escrivão, e aqueles de competência exclusiva do juiz.

---

<sup>20</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 7ª ed, São Paulo, Saraiva, 2006, p.339

<sup>21</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 22ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p.143

<sup>22</sup> WAMBIER, Tereza Arruma Alvim. *O Agravo no CPC Brasileiro*. 4ª ed, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005, p.117

Esclareça-se, por oportuno, que não apenas ao escrivão cabe a prática de atos denominados “despachos”. O Juiz quando da prática de diversos atos, pode optar pela aplicação da cognição ou prosseguir com ato meramente de expediente.

Claro exemplo do exposto é o despacho<sup>23</sup> que determina a citação. Pode o juiz, quando do recebimento da inicial, determinar que seja emendada, ou extinguir o processo em virtude da incidência da prescrição. Todavia, a simples decretação do “cite-se” não sublima a incidência das diversas questões que permeiam as partes, os requisitos e o mérito processual, caracterizando-se apenas como opção do juiz por analisar tais questões em momento posterior.

Retorna-se, então, ao afirmado anteriormente, no sentido de que a natureza da decisão é o critério balizador para a sua caracterização como agravável ou não. Por inexistir qualquer juízo de valor no “cite-se”, este, conforme assente jurisprudência e doutrina, não é passível de interposição de recurso de agravo.

Em que pesem as profundas discussões doutrinárias acerca da tênue linha que separa despacho de mero expediente e ato com natureza decisória, fato é que para fins de delimitação do âmbito de aplicação do recurso de agravo deve-se ater à natureza da decisão recorrida.

Neste esteio, conclui-se que, apesar das exaustivas tentativas de tornar previsíveis e facilmente determináveis as decisões que podem ser objeto do recurso de agravo, constata-se que o grau de subjetividade desta análise, acarretado pela necessidade de verificação da essência da decisão e eventuais efeitos que possa vir a causar às partes, aliados ao cunho abstrato empregado pelo legislador à expressão “decisões interlocutórias”, faz com que a recorribilidade seja objeto de análise no caso concreto.

### **3.3 Efeito suspensivo**

A interposição de um recurso gera diversas conseqüências processuais, dentre as quais citamos: a revisão dos julgados, a obstrução da formação de coisa julgada, dentre outros.

---

<sup>23</sup> Os denominados despachos de mero expediente, como cediço, não desafiam a interposição de recurso de agravo. No entendimento doutrinário manifestado por juristas como Tereza Arruda Wambier e Sergio Bermudes, cabe agravo contra a resposta que dá o juiz ao requerimento feito pela parte no sentido de que reveja o ato cartorário.

Essas conseqüências processuais recebem a denominação de *efeitos processuais*. Dentre os efeitos processuais, nos interessam aqueles citados anteriormente, atinentes ao plano recursal. Por estarem neste plano da relação jurídica recebem a denominação *efeitos recursais* ou *efeitos dos recursos*.

No que tange ao efeito suspensivo, mostra-se esse importantíssimo para a salvaguarda de direitos das partes, em especial naqueles casos em que há risco de dano irreparável ou de difícil reparação, em que a ordem emanada pelo Poder Judiciário necessita ser suspensa até a decisão final do recurso interposto contra a sentença recorrida. Tal efeito é previsto em relação ao recurso de apelação nos art. 520, 558, parágrafo único, de modo reflexo no poder geral de cautela, consubstanciado no art. 798, todos do CPC e no recurso de agravo de instrumento no art. 558 do CPC.

Segundo NELSON NERY JUNIOR <sup>24</sup>o efeito suspensivo: "*Consiste em qualidade que adia a produção de efeitos da decisão, assim que impugnável, perdurando até que transite em julgado a decisão ou o próprio recurso dela interposto*".

Por vezes, busca-se através de outros mecanismos processuais a proteção ao direito das partes, pois a demora na prestação jurisdicional pode vir a violar interesses dos litigantes. Especificamente no caso do Agravo de Instrumento, previu o legislador no art. 558 do CPC a hipótese de lesão resguardando do agravante da possibilidade de dano irreparável:

Art. 558 O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Dessa forma, criou-se um mecanismo capaz assegurar que eventuais decisões passíveis de futura reforma pelo juízo ad quem não sejam executadas, poupando, assim, a parte Agravante de lesões que podem se apresentar como irreparáveis caso venham a ser perpetradas.

---

<sup>24</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.965

## **4. AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA**

### **4.1 Compatibilidade recursal**

Apesar de diversos estudos e manifestações de renomados doutrinadores e acerca da possibilidade de recorribilidade da decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança, o tema resta longe de um posicionamento uníssono. Acerca da controvérsia no que diz respeito ao cabimento do agravo para a impugnação das interlocutórias proferidas em sede de mandado de segurança existem três correntes de posicionamentos mais frequentes.

O primeiro é fundamentado no argumento de que o ato de concessão ou denegação de liminar, que é o ato que mais nos interessa, é providência administrativa do magistrado, sendo irrecorrível<sup>25</sup>. Tal posição defende existir discricionariedade na concessão ou não da liminar. Todavia, com o máximo respeito a referido entendimento, não pode ser admitida a existência de discricionariedade na tratativa da liminar.

A discricionariedade surge pela possibilidade de, através de um juízo de conveniência e oportunidade, escolher-se dentre duas ou mais soluções igualmente lícitas e com grau máximo de eficácia, aquela que, frente ao caso concreto, por escolha pessoal, reputamos a melhor solução. Partindo deste pressuposto, inexistente discricionariedade quando se fala na apreciação de pedidos liminares, ao menos quanto à sua concessão ou denegação, podendo-se admitir a presença de uma certa discricionariedade somente quanto à escolha da espécie de medidas a serem aplicadas no caso v.g do art. 461, § 5, do CPC<sup>26</sup>. O que existem nestes casos são conceitos abertos ou tipos abertos que pressupõe uma interpretação do fato para aplicação do direito de forma mais ou menos plástica. Estes conceitos vagos, geralmente utilizados nos dispositivos referentes à liminares, não caracterizam discricionariedade na medida em que permitem uma avaliação objetiva. Logo, está descartada a consideração de que a discricionariedade possa ser invocada para defesa de uma irrecorribilidade das decisões concessivas ou denegatórias de liminar em mandado de segurança. Tampouco se trata de provimento administrativo, muito pelo contrário; representa, outrossim resposta à postulação da parte em exercício de atividade jurisdicional.

Uma segunda posição admite a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas em mandado de segurança, em especial da que trata da liminar, mas somente através dos meios de impugnação previstos na lei especial. Neste caso não haveria preclusão da matéria

---

<sup>25</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. Cit. p. 82.

<sup>26</sup> TALAMINI, Eduardo. *Recorribilidade das decisões sobre Tutela de Urgência in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação das decisões judiciais*, 6ª ed, RT, 2000, p. 268-277.

alvo da interlocutória, e no caso da entidade pública, restaria o pedido de suspensão previsto no art. 4º da Lei nº 4.348/64. Quanto ao agravo, dentre as opiniões pelo seu descabimento, avultam nomes como Hely Lopes Meirelles<sup>27</sup> que assevera:

A lei regedora do mandado de segurança (Lei 1.533) especificou os três casos de apelação (art. 8º, parágrafo único, e art. 12), mas não excluiu a possibilidade genérica de agravo de instrumento previsto no art. 522 do Código de Processo Civil, aplicável na tramitação da segurança em tudo aquilo que não conflitar com as prescrições de sua lei especial, nem contrariar a índole do mandamus. Ora, o agravo de instrumento típico e a sua modalidade retida não conflitam com a norma específica do mandado de segurança, nem contrariam a sua índole de remédio heróico, célere na sua tramitação, pois que esses recursos, não tendo qualquer efeito suspensivo, não impedem o caminhar da impetração, nem obstaculam o seu julgamento de mérito; apenas asseguram regularidade em seu processamento. Daí o seu cabimento, como medida de resguardo procedimental da segurança

Mas o doutrinador não está só. Também o idealizador do atual CPC compartilha da mesma opinião como se nota ao afirmar que "não estava certamente na intenção a lei prodigalizar recursos no mandado de segurança. As decisões interlocutórias, não impugnáveis por meio do recurso adequado previsto em lei, não operam preclusão e, portanto podem ser examinadas quando os autos subirem ao tribunal de apelação da parte vencida. Não se compadece com a índole do mandado de segurança o agravo de instrumento de decisão interlocutória"<sup>28</sup>

Os principais argumentos invocados para afastar o cabimento do agravo no mandado de segurança residem na morosidade do recurso e na especialidade da lei 1.533/51. Em que pese o destaque dos defensores desta posição, parece mais razoável a corrente que defende o cabimento do agravo de instrumento no mandado de segurança.

Primeiramente, carece ser feita uma interpretação histórica dos institutos. Com efeito, se ausência de previsão do recurso de agravo no âmbito da ação de segurança se deve ao fato de que na época de produção deste diploma legislativo (lei nº 1.533/51) o regime do agravo era de fato incompatível com a celeridade que a apreciação da questão referente à liminar requeria. Mas uma vez modificada a legislação, agora já sob a vigência do CPC de 1973, através da Lei nº 9.139/95, imprimindo-se celeridade ao procedimento do agravo,

<sup>27</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. Cit. p. 78/79

<sup>28</sup> BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. 7ª ed, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 261

inexiste razão para a vedação. Destarte, a possibilidade de pedido de efeito suspensivo (decisão concessiva) ou mesmo de efeito suspensivo ativo (decisão denegatória), a ser apreciado pelo relator, torna o agravo de instrumento via adequada à veiculação da pretensão do prejudicado. Inexistindo a razão prática de não aplicação do recurso de agravo ao mandado de segurança, não se vislumbra, sob este ponto de vista, outro qualquer empecilho à plena aplicação do recurso.

Restaria, então, o suposto óbice do fato de não ter previsto a legislação especial a aplicação supletiva do CPC ao mandado de segurança. Este é um argumento frágil. O fato de a lei do mandado de segurança não ter expressamente contemplado a aplicação de outros institutos do CPC não impede sua aplicação. Levada a efeito a aplicação aos art.s 19 e 20, de modo a afastar a aplicação subsidiária do CPC ao mandado de segurança, podemos afirmar que o seu procedimento ficaria impraticável<sup>29</sup>. Deveras, se é a aplicação dos dois dispositivos que afasta a possibilidade de agravo em mandado de segurança, também deveria afastar toda a disciplina do CPC. Mas se isto fosse feito, restaria impossível levar adiante o processamento do mandamus, porquanto as matérias regulamentadas pelo CPC são imprescindíveis.

O mandado de segurança é um processo como qualquer outro processo de conhecimento. Logo, tem carência de estipulação de disciplina para toda uma série de atos sem os quais o processo deixa de ser "processo". Seria considerável disparate ter que cada lei especial fazer menção expressa a toda a espécie de suporte procedimentais de atos processuais no que não mais faria do que repetir a disciplina do CPC. Daí que os códigos serão sempre supletivos da legislação especial. Logo, se a disciplina do código é utilizada para suprir a ausência de previsão na lei especial de diversos atos, não há razão para afastar o agravo. Concluimos que, prevista ou não a supletividade do CPC, é ela uma decorrência natural, lógica e inafastável.

Esta solução apresenta-se como a mais adequada, pois o que a reforma processual visou evitar foi exatamente a impetração de um novo mandado de segurança. Se existe hoje um instrumento capaz de corrigir "*errores in procedendo*", instrumento ordinário (agravo), para que valer-se de uma via anômala? Ademais, há que se notar que o pedido seria remédio para a hipótese de concessão da medida, não havendo disposição similar para a denegação.

---

<sup>29</sup> CAMBI, Eduardo. *Cabimento do Agravo de Instrumento contra s decisões interlocutórias em Mandado de Segurança in Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. 3ª ed, RT, 2001, p. 15.

Outra alternativa não restaria à parte que necessita de medida urgente senão ingressar com cautelar<sup>30</sup> ou , o que é mais provável, com outro mandado de segurança.

A jurisprudência repudia a impetração de mandado de segurança quando haja a possibilidade de interposição de recurso, conforme se observa do julgado abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO LIMINAR DO RELATOR. NÃO CABIMENTO.

Nos termos da jurisprudência firmada nesta Corte, incabível mandado de segurança contra ato ou decisão de que caiba recurso próprio.<sup>31</sup>

Reproduzindo a divisão doutrinária acerca da questão, verifica-se que a jurisprudência apresenta julgados propendendo para ambos os lados (cabimento e não cabimento da interposição de agravo de instrumento em face de decisão liminar em mandado de segurança). A exemplificar a divisão no entendimento da Corte superior, cumpre colacionar alguns emblemáticos julgados nesse sentido:

1) Contra a recorribilidade:

MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CABIMENTO. LEI N. 1.533/51. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CELERIDADE DA AÇÃO MANDAMENTAL. SÚMULA 622/STF. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. A Lei n. 1.533/51 não prevê a hipótese de cabimento de agravo regimental contra decisão que denega ou concede pedido de liminar em mandado de segurança. 2. A celeridade do rito do writ não coaduna com a viabilidade de interposição de recurso contra decisão interlocutória. 3. "Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança." (Súmula n. 622/STF). 4. Agravo regimental não conhecido.<sup>32</sup>

2) A favor da recorribilidade:

---

<sup>30</sup> As cautelares são largamente aceitas no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para fim de atribuir efeitos suspensivo aos recursos extraordinários ou especiais, respectivamente, fundamentada esta aceitação no poder cautela concedido pelos regimentos internos e pelo CPC.

<sup>31</sup> STJ. QO no MS 11260 / DF – DISTRITO FEDERAL Relator Min. César Asfor Rocha. Julgamento: 07/12/2005. Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL DJ 07-12-2005, págs. 537. Em consulta ao sítio [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) feita em 14 de junho de 2008.

<sup>32</sup> STJ. AgRg no MS 11296 / DF – DISTRITO FEDERAL Relator Min. Paulo Medina. Julgamento: 28/02/2007. Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO DJ 23-04-2007, págs. 231. Em consulta ao sítio [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) feita em 14 de junho de 2008.

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO CONCESSIVA OU DENEGATÓRIA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO.

1. A partir da nova sistemática introduzida pela Lei n. 9.139/95, que alterou os arts. 527, II, e 588, do Código de Processo Civil, passou a ser cabível agravo de instrumento contra decisão concessiva ou denegatória de liminar em sede de mandado de segurança. 2. Recurso especial provido.<sup>33</sup>

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO PELA VIA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECEDENTES.

1. Agravo Regimental contra "decisum" que deu provimento ao recurso especial da parte agravada. 2. Acórdão a quo segundo o qual não se admite a interposição de agravo de instrumento contra decisão que defere ou denega liminar em ação mandamental. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é remansosa no sentido de que o recurso cabível contra decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança é o agravo de instrumento, em face da nova sistemática introduzida pela Lei nº 9.139/95, a qual alterou os arts. 527, II, e 588, do CPC. Precedentes das 1ª, 2ª, 3ª, 5ª e 6ª Turmas desta Corte. 4. Agravo regimental não provido.<sup>34</sup>

A conclusão desta epígrafe nos conduz a admitir o agravo de instrumento no mandado de segurança, embasados para tanto na necessidade de existência de contraste da decisão concessiva ou denegatória da liminar, havendo para este fim o agravo de instrumento que, com a nova feição que lhe deu a lei 9.139/95, pode se constituir em mecanismo hábil para veicular reformar a decisão liminar<sup>35</sup>

Por fim, com fito de expungir quaisquer dúvidas que ainda parem acerca da possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra decisão liminar em mandado de segurança, cumpre transcrever a ementa e trecho do emblemático voto do Eresp nº 471.513/MG<sup>36</sup> da relatoria do Ministro Gilson Dipp, quando da análise da questão na Corte Especial:

<sup>33</sup> STJ. REsp 555728 / RS – RIO GRANDE DO SUL. Relator Min. João Otávio de Noronha. Julgamento: 24/10/2006. Órgão Julgador: Segunda Turma DJ 04.12.2006, pág. 278. Em consulta ao sítio [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) feita em 14 de junho de 2008

<sup>34</sup> STJ. AgRg no REsp 471513 / MG – MINAS GERAIS. Relator Min. José Delgado. Julgamento: 06/02/2003. Órgão Julgador: Primeira DJ 10.03.2003, pág. 1328. Em consulta ao sítio [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) feita em 14 de junho de 2008

<sup>35</sup> “De modo algum se exclui o cabimento do agravo no processo do mandado de segurança: errôneas a doutrina e a jurisprudência em sentido contrário” Ob. Cit. p. 485

<sup>36</sup> STJ. Eresp no 471.513 / MG – MINAS GERAIS Relator Min. Gilson Dipp. Julgamento: 02/02/2005. Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL DJ 07/06/2006, págs. 196. Em consulta ao sítio [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) feita em 14 de junho de 2008.

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO QUE CONCEDE OU REJEITA LIMINAR. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA SISTEMÁTICA RECURSAL PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES. EMBARGOS REJEITADOS.

I – A concessão – ou não – da liminar em mandado de segurança não pode ser compreendida como simples liberalidade da justiça. É direito do impetrante. Estando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* a sua concessão é forçosa, sem que isso resulta na emissão de qualquer juízo discricionário do magistrado. No mesmo sentido, não restando configurados os pressupostos da liminar, o seu indeferimento é inevitável, não havendo qualquer outra opção para o magistrado.

II – A sistemática recursal prevista no Código de Processo Civil é aplicável subsidiariamente a todo o ordenamento jurídico, inclusive aos processos regidos por leis especial, sempre que não houver disposição especial contrário.

III – A decisão liminar em mandado de segurança é de natureza interlocutória. O seu indeferimento acarreta evidente gravame ao impetrante, da mesma forma que a sua concessão gera gravame para a pessoa jurídica a que está vinculada a autoridade indicada como coatora. Assim, há a possibilidade de interposição de agravo de instrumento, ainda que não exista previsão expressa na Lei do Mandado de Segurança.

IV- A Lei nº 9.139/95, instituiu o regime da interposição direto do agravo de instrumento ao Tribunal, sendo o seu processamento em autos apartados, não ocasionando qualquer tumulto ou atraso no andamento do mandado de segurança. A eventual concessão de efeito suspensivo ao agravo somente acarretará a alteração de decisão interlocutória, o que também não gera qualquer alteração no rito especialmente previsto.

V – Anteriormente à edição da Lei nº 9.139/95 admitia-se a impetração de mandado de segurança contra decisão denegatória de liminar em outro “writ”, sendo certo que uma das finalidades da alteração do agravo de instrumento foi exatamente evitar o uso do mandado de segurança como sucedâneo recursal.

VI – A presente hipótese é diversa da prevista na recente Súmula 622/STF – “ Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”. A Súmula refere-se a recurso previsto nos Regimentos Internos dos Tribunais – não no Código de Processo Civil – de natureza totalmente diversa da natureza do agravo de instrumento. Ademais, contrariamente ao agravo de instrumento, o regimental é interposto nos próprios autos do mandamus, ocasionando, este sim, uma alteração procedimento especial célere do remetido constitucionalmente previsto.

## VII – Embargos conhecidos mas rejeitados.

Em seu voto, assim estabeleceu o Ministro Relator:

“A questão posta em debate cinge-se ao cabimento ou não, de agravo de instrumento contra decisão judicial concessiva ou indeferitória de liminar em mandado de segurança. A discussão não é nova, havendo dissenso tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Registre-se que a Lei nº 4.348/64, em seu art. 4º, prevê a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerer ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, a suspensão da decisão concessiva de liminar em mandado de segurança, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Neste contexto, a discussão acerca do cabimento do agravo de instrumento está adstrita às hipóteses de indeferimento da liminar ou de concessão quando o fundamento do recurso não estiver relacionado à lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Aqueles que entendem não ser cabível o agravo pautam seu entendimento, em síntese, em três argumentos: a) a liminar em mandado de segurança teria caráter discricionário, estando a sua análise vinculada ao livre convencimento do magistrado; b) o rol recursal da Lei nº 1.533/51 é taxativo, não havendo qualquer previsão quanto ao cabimento de recurso em face de decisão proferida em liminar, não sendo possível também a aplicação das disposições previstas no Código de Processo Civil, tendo em vista que a Lei do mandado de segurança dispôs explicitamente quais seriam os dispositivos do Diploma Processual aplicáveis ao “writ”; e c) o agravo de instrumento seria incompatível com o rito célere do mandado de segurança

(...)

Ao contrário, os adeptos da admissão do agravo de instrumento argumentam que o referido recurso não seria compatível com o rito do mandamus, bem como não haveria qualquer obstáculo na utilização do Código de Processo Civil, tendo em vista que as normas processuais são aplicáveis a todas as ações, inclusive as de ritos especiais, salvo quando existirem disposições específicas em contrário (...)

Não obstante tenha acompanhado os demais Ministros integrantes da Eg. Quinta Turma em alguns julgamentos, me manifestando no sentido de que não é cabível o agravo de instrumento contra decisão proferida em sede de liminar de “writ”, analisando melhor a questão revejo o meu posicionamento anterior.

Em relação ao primeiro argumento contrário ao cabimento do agravo, não há como manter-se o entendimento de que a liminar em mandado de segurança teria caráter discricionário, estando a sua análise vinculada ao livre convencimento do magistrado.

Com efeito, a concessão – ou não – da liminar não pode ser compreendida como simples liberalidade da justiça. É direito do impetrante. Estando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* a sua concessão é forçosa, sem que isso resulte na emissão de qualquer juízo discricionário do magistrado. No mesmo sentido, não restando configurados os pressupostos da liminar, o seu indeferimento é inevitável, não havendo qualquer outra opção para o magistrado .

Ainda, a decisão liminar em mandado de segurança é de natureza interlocutória, sendo certo que seu indeferimento acarreta evidente gravame

ao impetrante, da mesma forma que a sua concessão gera gravame para a pessoa jurídica a que está vinculada a autoridade indicada como coatora. Assim, como toda decisão interlocutória, há a possibilidade de interposição de agravo de instrumento, ainda que não exista previsão expressa na lei no Mandado de Segurança.

No tocante ao segundo argumento contrário ao cabimento do recurso, note-se que a sistemática recursal prevista no Código de Processo Civil é aplicável subsidiariamente a todo o ordenamento jurídico, inclusive aos processos regidos por leis especiais, sempre que não houver disposição especial em contrário, como ocorre *in casu*, não havendo, portanto, qualquer incompatibilidade.

Quanto ao tema, esclarecedora a lição do Ministro Eduardo Ribeiro, em seu texto “Recursos em mandado de segurança (Algumas questões controvertidas)”, *in* “Mandados de Segurança e de Injunção”. Estudos de Direito Processual- Constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos”, Coordenador Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira pelo Instituto de Direito Processual de Minas Gerais, Editora Saraiva, 1990:

*“A afirmativa de que a Lei nº 1.533/51 especificou os dispositivos do Código de Processo Civil aplicáveis, especificação esta exaustiva, não resiste, data vênia, à menor análise. Sem invocação daquele Código, não será possível processar um mandado de segurança. A Lei nº 1.533/51 não cogita, por exemplo, da capacidade processual, dos procuradores, da competência, da forma, tempo e lugar dos atos processuais, das nulidades, dos requisitos da sentença, assim como de vários outros temas cuja regulamentação é indispensável para que se possa fazer um processo. E tem-se ainda aceito, sem maiores divergências, que aplicável o incidente de uniformização de jurisprudência e admissível a ação rescisória. A primeira, pertinente ao processo de julgamento de recursos. A segunda, meio de impugnação de sentença.*

*Em verdade, aplicam-se supletivamente, sem discussão, numerosíssimas normas do Código, nenhuma delas mencionadas na Lei.*

*A questão que aqui se cogita não é peculiar ao mandado de segurança. Outras leis especiais existem e existiram, regulando procedimentos, sem que se questione sobre a aplicabilidade supletiva do que se contém no Código. Como observa Barbi “parece mais adequado entender que o sistema do Código, como geral que é, deve aplicar-se aos procedimentos regidos em leis especiais, salvo naquele em que essas leis dispuserem em contrário ou em que as normas do Código não se coadunarem com as peculiaridades do procedimento regido por aquelas leis”.*

*Causa, é certo, alguma estranheza o fato de que a Lei nº 1.533/51 se tenha referido a duas matérias, reguladas no Código de Processo Civil, quando é evidente que muitas outras normas igualmente haverão de aplicar-se. Explica-se em parte. A Lei nº 191/36 foi editada quando ainda vigentes os Códigos estaduais. Não havendo lei federal a que se reportar, sentiu-se a necessidade de enumerar os requisitos da inicial. Sobrevindo-lhe o Código de 1939 o mandado de segurança passou a ser por este regulado. Claro que as normas nele contidas se lhe aplicavam, no que não fossem incompatíveis com o procedimento especial. Malgrado isso, o art. 321 reportou-se aos dispositivos do próprio Código, pertinentes à inicial. Justifica-se, em primeiro lugar, pelos simples fato de se terem repetido vários dispositivos da Lei nº 191. Em segundo, em virtude de a inicial do mandado de segurança apresentar algumas particularidades, o que fez conveniente explicitar que, no mais, seria regulada pelas regras comuns. A*

*Lei nº 155/51 também reproduziu a menção aos artigos do Código e os motivos são semelhantes.*

*Relativamente ao litisconsórcio, cumpre reconhecer, a Lei nº 1.533/51 foi redundante ao invocar, como aplicáveis, os arts. 88 a 94 do Código então, vigente, compreensivos também da assistência. No texto atual, após a adaptação feita pela Lei nº 6.071/74, limitou-se a referenciar ao litisconsórcio, o que enseja o entendimento de que incabível a assistência. Não se haverá de concluir entretanto, que se teve o propósito de excluir a aplicação de todos os demais dispositivos do Código de Processo Civil o que como salientado, é impossível.*

*Costumam os intérpretes repetir certas afirmações, como se fossem dogmas, daí resultando, muitas vezes, situações paradoxais. Uma delas, tida como regra de hermenêutica, é a de que a lei não contém palavras inúteis, posto que se presume sábio o legislador: verba cume ei factu sunt accipienda. Nem sempre isto é verdade. Pode a lei não ter sido elaborada com obediência à melhor técnica, o que não deverá conduzir a que se tirem conclusões, fundadas em posições a priori, capazes de levar a um desvio do verdadeiro sentido do texto. (...)*

Caso não fosse admitida a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao procedimento do *mandamus*, também não seria cabível a oposição de embargos de declaração contra decisões proferidas no “writ”, tendo em vista que este recurso integrativo somente é previsto na Lei Adjetiva Civil.

Quanto ao terceiro ponto, com o advento da Lei nº 9.139/95, não há como subsistir o argumento de que agravo de instrumento seria incompatível com a celeridade do “writ”.

A referida Lei instituiu o regime de interposição direta do agravo ao Tribunal, sendo o seu processamento em autos apartados, não ocasionando qualquer tumulto ou atraso no andamento do mandado de segurança. Ademais, a eventual concessão de efeito suspensivo ao agravo somente acarretará a alteração de decisão interlocutória, o que também não gera qualquer alteração no rito do “writ”.

Repita-se: mesmo que interposto o agravo, o *mandamus* terá normal prosseguimento, permanecendo inalterada a celeridade do rito especialmente previsto.

#### 4.1.2 Aplicação Subsidiária do Código de Processo Civil

Consoante esparçadamente mencionado ao longo do presente estudo, dúvidas não pairam quanto à aplicação do CPC subsidiariamente a todo ordenamento jurídico, inclusive aos processos regidos por leis especiais, quando não disposição especial em contrário, como ocorre na Lei 1.533/51, inexistindo, portanto, qualquer incompatibilidade.

A afirmativa de que a Lei nº 1.533/51 especificou os dispositivos do CPC aplicáveis, especificação esta exaustiva, não resiste à menor análise. Sem invocação do CPC não será possível sequer processar um mandado de segurança. A Lei nº 1533/51 não cogita por

exemplo, da capacidade civil dos procuradores, da competência, da forma, do tempo e lugar dos atos processuais, das nulidades, dos requisitos da sentença, assim como de vários outros temas cuja regulamentação é indispensável para que se possa desenvolver um processo. E tem-se ainda aceito, sem maiores divergências, que aplicável o incidente de uniformização de jurisprudência, e admissível a ação rescisória. A primeira, pertinente ao processo de julgamento de recursos, e a segunda, meio de impugnação de sentença.

Em verdade, aplicam-se, supletivamente, sem discussão, numerosíssimas normas do CPC, nenhuma delas mencionadas na lei.

A questão que aqui se cogita não é peculiar ao Mandado de Segurança. Outras leis especiais existem e existiram regulando procedimentos, sem que se questione sobre a aplicabilidade supletiva do que se contém no CPC, como geral que é, deve aplicar-se aos procedimentos regidos por leis especiais, salvo naquele em que referidas leis dispuserem em contrário ou em que as normas do Código não se coadunarem com as peculiaridades do procedimento regidos.

Decerto causa alguma estranheza o fato de que a Lei n.º 1.533/51 se tenha referido a duas matérias, reguladas no CPC, quando é evidente que muitas outras normas igualmente haverão de aplicar-se. Explica-se em parte. A Lei n.º 191/36 foi editada quando ainda vigentes os Códigos estaduais. Não havendo Lei Federal a que se reportar, sentiu-se a necessidade de enumerar os requisitos da inicial. Sobrevindo-lhe o Código de 1939, o mandado de segurança passou a ser por este regulado.

Por óbvio que as normas nele contidas se lhe aplicavam no que não fossem incompatíveis com o procedimento especial. Malgrado isso, o art. 321 reportou-se aos dispositivos do próprio Código, pertinentes a vários dispositivos da Lei n. 191/36. Em segundo, em virtude de a inicial do Mandado de Segurança apresentar algumas particularidades, o que fez conveniente explicitar que, no mais, seria regulada pelas regras comuns. A Lei n.º 1533/51 também reproduziu a menção aos art.s do Código e os motivos são semelhantes.

Em que pese a generalidade do Código de Processo Civil e, conseqüentemente, a sua aplicação à quaisquer diplomas legais desde que compatíveis com as suas especificidades, existem julgados em que se deixa de observar o entendimento acima, valendo-se, o juiz, para isso, da letra fria da lei, ou de falhas nas técnicas empregadas em sua redação, ou ainda, de

omissões legislativas, propositais ou não. Certo é o fato-dever que se impõe ao magistrado buscar a verdade, independentemente de previsão legal, devendo, este, dizer o direito aplicado ao caso concreto.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º, indubitavelmente uma das mais importantes leis de todo o nosso ordenamento jurídico, roga aos juízes para que com clareza de raciocínio não se eximam do dever de julgar valendo-se, para tal, da falta de previsão legal ou de omissões legislativas, devendo, então, aplicar os princípios gerais de direito, os costumes e a analogia, e ainda, o bom senso, verbis:

Art. 4º - Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Ora, à luz de comando tão simples e complexo que beira a genialidade, o Estado estendeu a todos os operadores do direito, a difícil e bela tarefa de regular as situações do mundo fático, enquadrando-as em nosso ordenamento jurídico, mesmo que não haja norma específica. É como se o Estado nos dissesse: não há fato externo ao mundo jurídico.

O próprio CPC, em seu capítulo IV, seção I, que trata dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do Juiz, dispõe no art. 126:

Art. 126 O Juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

O mesmo diploma legal, a LICC, emana de seu art. 5º que “na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Dessa forma, sob qualquer ângulo que se analise a questão, mostra-se plenamente aceitável o cabimento do agravo de instrumento em mandado de segurança. Inicialmente em virtude da natural aplicação subsidiária do CPC, ou caso assim não se entenda, em decorrência da obrigação imposta ao juiz por força do art. 126 do CPC.

#### **4.2 Observância dos Princípios Constitucionais**

Os princípios constitucionais são os valores máximos expressos pelo pacto constitucional. É por esse motivo que todas as normas devem ser estudadas, interpretadas e compreendidas em consonância com os princípios. Assim sendo, os princípios não representam apenas uma tarefa a realizar; são também um ponto de partida obrigatório para a operacionalização de todo o sistema jurídico.

#### 4.2.1 – Princípio do duplo grau de jurisdição

Este princípio visa a garantia de uma boa solução à lide ao fazer a adequação entre a realidade no contexto social de cada país e o direito à segurança e o direito à justiça das decisões judiciais, garantia esta prevista em nossa CF. É um princípio de ordem pública segundo o qual toda decisão tem direito a reexame por uma segunda instância.

O recurso garante a dialeticidade, ou seja, o contraditório, posto que nos recursos o recorrente invoca as razões de seu inconformismo, enquanto o recorrido afirma as razões pelas quais a mesma decisão deve ser mantida.

O princípio do duplo grau de jurisdição tem íntima relação com a preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de equívocos por parte do juiz, o que poderia em tese ocorrer se não tivesse a decisão sujeita à revisão por outro órgão do Poder Judiciário. Com efeito, não só poderia haver abuso de poder por parte dos magistrados, como também suas decisões poderiam estar erradas, em razão mesmo da falibilidade da natureza humana a que também estão sujeitos os juízes. E a parte vencida não poderia ser prejudicada pelos vícios da decisão, sem ter outro órgão judiciário hierarquicamente superior que a reexaminasse. A possibilidade de uma reapreciação da decisão enseja maior atenção e esmero do juiz prolator e estímulo ao aprimoramento de suas aptidões funcionais.

O princípio do duplo grau de jurisdição está diretamente ligado à problemática sobre a infinita possibilidade do uso dos recursos, que acarreta na morosidade do judiciário. Alguns doutrinadores entendem que limitação do uso de recursos limitaria dispositivos da Constituição que garantem o devido processo legal. O duplo grau deve ser utilizado de forma racional, valorando a decisão do juiz de primeiro grau, devendo-se utilizar deste princípio somente quando apresentar ela vícios que devem ser reparados.

O princípio do duplo grau de jurisdição visa garantir a justiça das decisões, diminuindo a margem de erro, pois as decisões proferidas pelo órgão jurisdicional, que possa resultar prejuízo jurídico para alguma das partes, podem ser revistas pelo mesmo ou por outro órgão do Poder Judiciário (não necessariamente por órgão de maior hierarquia em relação àquele que proferiu inicialmente a decisão). Por este princípio são admitidas duas decisões válidas e completas, proferidas por juízes diferentes, sendo que prevalece sempre a segunda decisão sobre a primeira.

Este princípio visa o controle da atividade jurisdicional do magistrado. Mas a finalidade do duplo grau de jurisdição não é controlar a atividade do juiz, mas sim “propiciar ao vencido a revisão do julgado”, ou seja, a oportunidade de dar ao vencido o direito à revisão da decisão que lhe foi contrária.

É discutível, todavia, a inclusão do princípio no elenco das garantias constitucionais, posto que somente a Carta Política de 1824 sobre ele dispunha expressamente. Ao depois, passaram as Constituições, meramente, a evidenciar a existência de tribunais e sua competência recursal, o que faz pressupor a existência de recursos. A matéria, assim, circunscreve-se ao âmbito infraconstitucional, fazendo crer possa o legislador ordinário limitar o direito de recurso, exceto nos casos dos recursos especial e extraordinário, cujos requisitos constam no texto constitucional.

Marinoni<sup>37</sup> afirma que a idéia do duplo grau de jurisdição é cultuada em nosso país, pois se entende que a sentença do juiz de primeiro grau não é suficiente, devendo sempre ser revista. Desta forma, segundo este autor, o duplo grau de jurisdição poderia ser melhor definido como um duplo juízo sobre o mérito.

Candido Rangel Dinamarco<sup>38</sup> destaca a conveniência psicológica da parte que utiliza dos recursos:

“Existe ainda a conveniência psicológica de oferecer aos perdedores mais uma oportunidade de êxito, sabendo-se que ordinariamente há maior probabilidade de acerto nos julgados por juízes mais experientes e numerosos (especialmente no Brasil, em que os órgãos de primeiro grau são monocráticos e os tribunais julgam em colegiado): confinar os julgamentos em um só grau de jurisdição teria o significado de conter litigiosidade e permitir que os estados de insatisfação e desconfiança se perpetuassem – provavelmente acrescidos de revoltas e possíveis agravamentos”

---

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 123

<sup>38</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*, 4 ed, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 304

Nelson Nery Júnior<sup>39</sup> afirma que o princípio do duplo grau de jurisdição tem íntima relação com a preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de haver abuso de poder por parte do juiz, o que poderia em tese ocorrer se não estivesse a decisão sujeita à revisão por outro órgão do Poder Judiciário. Com efeito, não só poderia ser prejudicada pelos vícios da decisão, sem ter outro órgão judiciário hierarquicamente superior que a reexaminasse. A possibilidade de uma reapreciação da decisão enseja maior atenção e esmero do juiz prolator e estímulo ao aprimoramento de suas aptidões funcionais, como título para sua ascensão nos quadros da magistratura.

O duplo grau, diferentemente dos demais princípios integrantes da tutela constitucional do processo, não é imposto pela Constituição com a exigência de ser inelutavelmente observado pela lei. Além de não explicitar exigência alguma a respeito, ela própria abre caminho para casos em que a jurisdição será exercida em grau único, sem possibilidade de recurso.

A sistemática do CPC determina que de qualquer decisão, seja ela definitiva ou interlocutória, caberá recurso para que o juízo ad quem examine a certeza e a justeza da tomada de posição do juízo monocrático. O nosso sistema processual cultua o duplo grau de jurisdição como princípio democrático de segurança. O duplo grau é considerado princípio fundamental de justiça, e deve estar em toda e qualquer situação conflitiva concreta.

O duplo grau é um controle da atividade jurisdicional, e não um controle da atividade do juiz, como entendem alguns doutrinadores, pois não há que se falar em controle da atividade do juiz quando a finalidade é dar ao vencido a revisão da decisão desfavorável ao mesmo.

Quem defende o duplo grau afirma que os juizes de segundo grau têm maior experiência, tendo estes melhores condições de proferirem a decisão mais justa ao caso. Desta forma o juiz de primeiro grau, quando proferir sua decisão, já terá ciência de que a sua decisão será revista por outro órgão do Poder Judiciário.

Este entendimento vai contra o princípio da celeridade processual, pois urge cada vez mais a necessidade de conferir maior poder e responsabilidade para que a função jurisdicional possa ser exercida de forma mais racionalizada e efetiva, pois dar ao juiz poder para decidir

---

<sup>39</sup> Ob. Cit. p. 125

sozinho determinadas demandas é imprescindível para a qualidade e efetividade da prestação jurisdicional.

Assentado sobre referido entendimento, alguns Tribunais firmam posição no sentido de que confiar a reanálise à decisão liminar, e por isso interlocutória, prolatada em sede de Mandado de Segurança, criaria óbice à peculiar celeridade que se pretende atribuir ao rito especial pelo qual tramita o Mandado de Segurança.

Em que pese o entendimento esposado, inclusive, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, fato é que a partir da reformulação do Recurso de Agravo, quando este passou a tramitar em autos apartados, sendo interposto diretamente ao tribunal *ad quem*, pouco, ou talvez nenhum efeito causa à celeridade do trâmite dos autos principais.

Decerto que a partir da Lei nº 9.139/95, por força do art.522 do CPC, a modalidade vigente para o recuso é a forma “retida”. Todavia, por óbvio que ao considerarmos a essência do mandado de segurança, que advém de direito líquido e certo do Impetrante, o qual julga estar sendo violado, inconcebível seria manter-se o recurso interposto na sua modalidade retida, sendo o mesmo, pela urgência da tutela pleiteada, habitualmente recebido em sua modalidade de “instrumento”.

O recebimento do agravo na modalidade instrumento significa dizer que o mesmo correrá apartado, no Tribunal *ad quem* competente para seu julgamento, tramitando, assim, paralelamente, o mandado de segurança originário.

Dessa forma, não se vislumbra qualquer prejuízo ou afronta à especificidade do rito especial, uma vez que em nada se abala pela interposição do agravo de instrumento. Por outro lado, o descabimento de sua aplicação como defendido por muitos, causa contundente afronta não só ao direito líquido e certo da impetrante, como demonstra total desconsideração ao princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que parte da premissa de que a decisão proferida pelo magistrado a quo não está passível de equívocos e, portanto, não se submete a revisão.

Temerário entendimento se agrava ainda mais por tratar-se, conforme já esclarecido, de rito especial, no qual a impetração do mandado de segurança e a liminar pleiteada fundamentam-se em grave ameaça ao direito líquido e certo, o qual, caso não seja resguardado por força de decisão liminar, perecerá, pouco adiantando a tutela jurisdicional final.

Impende destacar o comum exemplo de mandado de segurança impetrado a fim de obstar leilão. Neste caso, o simples, porém eficaz, entendimento que deve nortear é de que havendo os mínimos requisitos balizadores da concessão da tutela de urgência, esta deve ser concedida, uma vez que no caso concreto, a promoção do leilão com o repasse do bem a terceiros causará danos incomensuráveis e irreparáveis ao comparar-se com a sua suspensão e, após a análise final do mérito, sua liberação em data posterior.

Foca-se, então, nas conseqüências advindas de eventual equívoco cometido pelo juiz do caso hipotético acima mencionado. A ausência da revisão de sua decisão, garantida por meio do duplo grau de jurisdição, materialmente aplicável através do recurso de agravo, ocasionaria irremediável lesão à Impetrante, fazendo, inclusive, com que se perdesse o objeto do *writ*.

Neste contexto, a possibilidade da interposição do Recurso de Agravo em face da decisão liminar proferida em mandado de segurança mostra-se não só de maneira imediata como uma garantia ao princípio do duplo grau de jurisdição, bem como, de forma mediata a preservação do direito líquido e certo violado da Impetrante o qual, senão resguardado por meio de tutela de urgência, não poderá mais ser exercido.

#### 4.4.2 Princípio da Ampla defesa e Contraditório

Nossa CF situou os destacados princípios conjuntamente em seu inciso LV, art. 5.º: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes;"

O princípio do contraditório contém o enunciado de que todos os atos e termos processuais (ou de natureza procedimental) devem primar pela ciência bilateral das partes, e pela possibilidade de tais atos serem contrariados com alegações e provas .

Vicente Greco Filho sintetiza o princípio de maneira bem prática e simples: "O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais

orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável." <sup>40</sup>

Segundo Portanova<sup>41</sup> contraditório tem duplo fundamento, afigurando-se tanto em seu sentido lógico, quanto político (lato senso). O fundamento lógico é justamente a natureza bilateral da pretensão que gera a bilateralidade do processo. No campo político, tem-se, simplesmente, o sentido comum de que ninguém poderá ser julgado sem ser ouvido. Destarte, não seria errado apresentar este Princípio em sua sinonímia de Amplo Debate.

O contraditório é tido mesmo como o princípio norteador do próprio conceito da função jurisdicional<sup>42</sup>. Nesse mesmo delineamento, insurge-se o Princípio da Ampla Defesa, que traduz a liberdade inerente ao indivíduo (no âmbito do Estado Democrático) de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas. Neste aspecto, mostra-se evidente a correlação entre a Ampla Defesa e o Amplo Debate (Princípio do Contraditório), não sendo concebível falar-se em um sem pressupor a existência do outro – daí a inteligência do inciso LV, do art. 5.º Constitucional, em agrupá-los em um dispositivo. O contraditório abre espaço para que o litigante exerça seu direito de defesa.

A ampla defesa, a seu turno, "não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático"<sup>43</sup>

Neste contexto, cumpre utilizar a sintética conceituação formulada por Vicente Greco a fim de contextualizar os mencionados princípios face a possibilidade de interposição de agravo de instrumento em mandado de segurança.

Dentro das garantias constitucionais aos princípios do contraditório e ampla defesa, encontra-se, por óbvio, a possibilidade de recorrer de decisão desfavorável, como maneira não só de impugnar eventuais equívocos cometidos pelo juiz, bem como de expor a existência e contundência do direito invocado.

A partir do momento em que é vedada a interposição de recurso em face de decisão liminar em mandado de segurança, independentemente da premissa que se utiliza para sustentar tal posição, cria-se intransponível óbice ao exercício de tão basilares princípios.

---

<sup>40</sup> Ob. Cit. p. 90

<sup>41</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4.ª ed. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 160-164

<sup>42</sup> PORTANOVA, Rui. Ob. Cit. p. 70

<sup>43</sup> GRECO, VICENTE. Ob. Cit. p. 125

O impetrante, que pela própria natureza da via especial, invoca direito líquido e certo passível de frontal e quiçá irreparável violação, vê-se adstrito à análise do magistrado a qual, diga-se, não raro, é passível de grosseiros erros.

Temerário seria admitir-se a impossibilidade da recorribilidade em outros ritos, todavia, mostra-se ainda mais gravoso ao postulante quando tal vedação ocorre em sede de mandado de segurança, pela urgência e relevância dos fatos e direito apresentados.

Dessa forma, não obstante todas as relevantes razões apresentadas no presente estudo, que fazem crer que eventuais impedimentos à interposição de agravo de instrumento em mandado de segurança já foram, há muito, superadas pelas alterações da legislação (em especial na legislação que rege o recurso de agravo), não se pode olvidar que doutrinária discussão afete basilar direito constitucionalmente assegurado como o direito ao contraditório e a ampla defesa, sob pena de sobejamente desconsiderar-se os ditames da Constituição Federal.

## CONCLUSÃO

Este estudo dedicou-se à análise de um tema que apesar de não se apresentar como recente e inovador, tem gerado controvérsias na doutrina e debates no campo da jurisprudência: o cabimento de agravo de instrumento contra decisão liminar em mandado de segurança.

A partir dos subsídios trazidos pelo presente estudo, faz-se claro que não obstante a presença do mandado de segurança no rol dos ritos sumários especiais, tal status não lhe afasta a aplicabilidade das regras processuais gerais.

Isso porque, em que pese a especialidade do rito, o *mandamus* encontra-se sujeito às normas supletivas do Código de Processo Civil, bem como, e em especial, aos princípios que permeiam a Constituição Federal.

Neste contexto, deve-se observar a sujeição do Mandado de Segurança aos princípios da ampla defesa e contraditório, materializados, neste caso, pela possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança.

A inobservância dos referidos princípios, em virtude da sua natureza, já se apresenta, por si só, como grave afronta à Constituição Federal, ainda mais por tratar-se de mandado de segurança, onde requer-se a existência de direito líquido e certo, sendo eventual equívoco cometido pelo magistrado quando da análise do conteúdo probatório fatal para o resguardo do direito alegado.

Dessa forma, pela necessidade de atenção aos supramencionados princípios, mostra-se absolutamente descabido – com absoluto respeito àqueles que defendem tal entendimento, que se admita tamanho cerceamento de defesa em prol e ilusória celeridade do procedimento.

Diz-se “suposta”, uma vez que, conforme exposto no presente estudo, a interposição de Agravo de Instrumento em nada interfere do processamento do *mandamus*, já que, como cediço, em virtude das não tão recentes alterações, correm em altos apartados.

Nesse diapasão, procurou-se destacar, tendo em vista o posicionamento favorável à recorribilidade das interlocutórias em mandado de segurança, que as assertivas utilizadas para

seu impedimento não se sustentam, seja em virtude das alterações da legislação, seja pela afronta e gravame que representam ao impetrante.

## BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança no Direito Tributário*. São Paulo: RT, 1998
- ANNUNZIATA, Marcelo Sales. "*Tutela Antecipatória nas Ações Movidas contra o Poder Público, inclusive em Matéria Tributária*." Em: Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 1999, n. 41
- BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BUENO, Cássio Scarpinella. "*Tutela Antecipada e Ações contra o Poder Público (Reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo)*." Em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) "*Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*." São Paulo: RT, 1997, pp. 37/100.
- CARNEIRO, Athos. "*Da antecipação da tutela no processo civil*." Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. "*Antecipação parcial e liminar dos efeitos da tutela. Hipótese concreta. Considerações*." Em: Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. Salvador: Faculdade de Direito da UFBA, 1999, v. V.
- FERREIRA, William Santos. "*Breves Reflexões Acerca da Tutela Antecipada no Âmbito Recursal*." Em: ALVIM, Eduardo Arruda, NERY Jr., Nelson Nery & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). "*Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*." São Paulo: RT, 2000.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "*Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*." Em: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (coord) Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães. Rio de Janeiro: Forense, 1997
- FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. "*Antecipação da tutela*". 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997
- NEREY Jr., Nelson Nery & NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 3ª edição. São Paulo: RT, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *"Tutela sancionatória e Tutela preventiva."* Em: Temas de Direito Processual — 2ª série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *"Comentários ao Código de Processo Civil"*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III.

THEODORO Jr., Humberto. *Tutela cautelar e Tutela Antecipatória em Matéria Tributária.* Em: *"O processo civil brasileiro no limiar do novo século"*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.