

A “NOVA” LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA E A VELHA QUESTÃO DO SEU CABIMENTO CONTRA DECISÕES JUDICIAIS

*THE “NEW” WRIT OF MANDAMUS ACT AND THE
OLD ISSUE OF ITS APPLICATION AGAINST LEGAL
DECISIONS*

Lucio Picanço Facci

*Procurador Federal, Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais na UFF.
Especialista em Direito Público pela UnB. Bacharel em Direito pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Uma tentativa de sistematização da questão: os quatro momentos do cabimento do mandado de segurança para impugnar decisões judiciais; 1.1 Primeiro momento: a admissibilidade da impetração; 1.2 Segundo momento: o advento da Lei 1.533/51; 1.3 Terceiro momento: o *leading case* do Supremo Tribunal Federal; 1.4 Quarto momento: autorização para atribuir efeito suspensivo a agravo; 2 O retrocesso da “nova” lei quanto ao tema; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente estudo faz uma abordagem crítica do inciso II do art. 5º da Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009 – nova lei do mandado de segurança –, dispositivo que cuida especificamente das restrições da utilização do mandado de segurança contra decisões judiciais. Para tanto, será feito um breve histórico relativo à evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial a respeito do assunto. Após, procuraremos situar a nova lei no âmbito dos estágios históricos referidos para, ao final, concluirmos que esse diploma normativo deixou de enfrentar adequadamente o tema, tendo deixado de responder questões atuais quanto ao problema ainda vigente do mandado de segurança contra atos jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de segurança. Atos jurisdicionais. Lei 12.016/2009.

ABSTRACT: This study makes a critical approach to item II of article 5 of Act n. 12.016 of August 7, 2009 – new Writ of Mandamus Act –, a provision that covers specifically the restrictions to the use of the writ of mandamus against legal decisions. To this end, a brief history will be show concerning the legislative, doctrine and jurisprudential developments in relation to the matter. Afterwards, we shall seek to situate the new law under the aforementioned historical stages and, finally, we shall conclude that this regulatory statute failed to adequately address the theme, and did not answer current questions as to the issue of the writ of mandamus against judicial acts.

KEYWORDS: Writ of Mandamus. Judicial acts. Act n. 12.016/2009.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009, conhecida como nova lei do mandado de segurança, dispõe expressamente em seu art. 5º, inciso II, que não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

Tal dispositivo, muito embora inserido em um diploma normativo recentemente promulgado, remonta a um antigo e ainda não solucionado problema: como utilizar o mandado de segurança para impugnar atos jurisdicionais de maneira a conciliar o dever de pleno respeito ao status de garantia constitucional dessa ação constitucional, insuscetível de ser abolido até mesmo por emenda à Constituição (art. 5º, LXIX c/c art. 60, §4º, IV, CRFB/88), com a necessidade de compatibilizá-lo ao sistema jurídico-processual vigente – do qual o mandado de segurança indubitavelmente faz parte – sem subvertê-lo.

Em virtude de ser o writ, ao mesmo tempo, garantia constitucional e instrumento processual tem tornado a tormentosa questão do mandado de segurança contra atos jurisdicionais presente nos estudos de Direito Constitucional e Processual desde o advento do mandado de segurança pela Constituição de 1934. Como procuraremos demonstrar a seguir e antecipamos nesta introdução, a nova lei disciplinadora dessa ação constitucional não apenas não conseguiu dar solução ao assunto como tampouco avançou em novos caminhos para a superação do problema.

1 UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO DA QUESTÃO: OS QUATRO MOMENTOS DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPUGNAR DECISÕES JUDICIAIS

Numa tentativa de sistematização da controvérsia, podemos apontar quatro momentos diversos envolvendo a questão do cabimento do mandado de segurança para impugnar atos jurisdicionais típicos. Numa primeira etapa, a polêmica se estende da criação do writ pela Carta Constitucional de 1934 até o surgimento da Lei nº 1.533/51, revogado diploma do mandado de segurança; numa segunda fase, a controvérsia inicia-se com o advento da citada lei, perdurando até a ocorrência, no Supremo Tribunal Federal, do leading case consolidado no RE 76.909-RS,¹ relatado pelo Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE,

¹ Julgado em 05.12.73 (RTJ 70/504).

este pondo termo inicial ao terceiro estágio, que se prolongou até as mudanças conferidas pela Lei nº 9.139/95 de 30 de novembro de 1995, mitigadora da regra da não suspensividade da interposição do recurso de agravo, conforme a ainda vigente redação do art. 558, CPC. Essa reforma legislativa deu início ao quarto momento da questão, o qual, a despeito da recente lei do mandado de segurança, se estende até os dias de hoje.²

1.1 PRIMEIRO MOMENTO: A ADMISSIBILIDADE DA IMPETRAÇÃO

À época da institucionalização da garantia pela Constituição de 1934, muitos argumentos surgiram com o escopo de obstar a utilização do mandado de segurança contra atos do Poder Judiciário. Nesta primeira fase, três correntes formaram-se a respeito do problema: a primeira, que podemos chamar de *radical*, negando, diante de qualquer hipótese, a admissibilidade do *writ* contra decisórios, sendo negadores absolutos do cabimento os juristas LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL,³ CELSO AGRÍCOLA BARBI,⁴ THEMÍSTOCLES CAVALCANTI,⁵ ATALIBA VIANA,⁶ dentre outros; a segunda, que identificamos como *casuística*, aproximando-se mais da primeira corrente, admitindo o cabimento da garantia somente em casos excepcionalíssimos, quando não houvesse outro remédio processual idôneo para corrigir a lesão, participando desta corrente CASTRO NUNES, MACHADO GUIMARÃES, PHILADELFO AZEVEDO, ADERBAL FREIRE⁷ e outros; e, finalmente, a que chamamos de *liberal*, admitindo a ampla

2 A respeito da sistematização da polêmica, muito embora referindo apenas aos três primeiros momentos, ver ALVIM, Teresa Arruda. *Mandado de segurança contra ato judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 39; FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 97-98.

3 *Direito Processual Civil*. São Paulo : Saraiva, 1965, p. 58-64 *apud* WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 95.

4 *Do mandado de segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 148-151.

5 É o que informa FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 98.

6 *Limites ao uso do mandado de segurança*, p. 39 *apud* TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 63.

7 Todos conforme notícia FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 98.

utilização do mandado de segurança para impugnar decisões judiciais,⁸ sendo AUGUSTO MEIRA um de seus defensores⁹.

O problema deveu-se à ausência de menção expressa pela Carta Constitucional de 1934, criadora do *writ*, em relação aos atos próprios do Poder Judiciário, qualificando como o objeto da impugnação do mandado de segurança os atos emanados de “qualquer autoridade”. A polêmica continuou a se estender, vez que a primeira lei regulamentadora do remédio (Lei nº 191/1936) e o Código de Processo Civil de 1939 não trataram de desfazer a dúvida.

Várias foram as razões engendradas por aqueles que não admitiam a utilização do remédio constitucional para sustar os efeitos de um ato proferido no exercício da função jurisdicional. Dentre muitos outros, apontava esta corrente o argumento segundo o qual a extensão desmedida do remédio propiciaria um regime de instabilidade dos julgados, acarretando conseqüências perniciosas para o sistema judiciário. Invocava-se, ainda, a revelia da parte contrária na relação surgida do mandado de segurança, vez que o impetrado contra ato judicial tem por autoridade coatora o Estado-Juiz, a quem cumpre fornecer as informações que a lei requer, impossibilitando que o autor ou réu da chamada ação originária se manifeste.¹⁰

Com o advento da Lei 1.533/51, desfez-se a corrente negatória absoluta, uma vez que o diploma legal do *writ* admite, ainda que de maneira fortemente restritiva, a utilização do mandado de segurança contra decisões judiciais, perdendo objeto a discussão neste primeiro estágio.

1.2 SEGUNDO MOMENTO: O ADVENTO DA LEI 1.533/51

Podemos indicar como o estopim da segunda fase da celeuma a promulgação da Lei 1.533/51, diploma legal vigente do *mandamus*, que prevê em seu artigo 5º, inciso II, que *não se dará mandado de segurança para impugnar “despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição”*.

8 WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 94.

9 FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 98.

10 Cf. J.M. SIDOU, Othon. *O mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 300.

Corroborando a constitucionalidade do dispositivo, o Supremo Tribunal Federal sumulou entendimento no mesmo sentido da norma processual apontada, consubstanciado na Súmula nº 267 daquele Tribunal: “*não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição*”. Importante notar que tal restrição não constava das regulamentações anteriores acerca do *writ*.¹¹ A Lei nº 1.533/51, porém, também não logrou êxito na tentativa de suprimir as fundas divergências a respeito do cabimento do *mandamus* contra decisões do Poder Judiciário, levando MILTON FLAKS a dizer que “*não poderia ter sido mais infeliz a fórmula adotada, se o propósito do legislador foi pôr cobro ao dissídio que lavrava na doutrina e na jurisprudência*”. Como observou o aludido jurista, “*indiferentes à nova regulamentação, pela sua ambigüidade, julgados e escólios continuaram se dividindo como antes*”.¹²

Necessário se fazer uma interpretação histórica da norma contida no art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51, promulgada ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, onde nem todas as decisões sujeitavam-se a recurso, particularmente as interlocutórias, indicando-se especificamente as hipóteses de admissibilidade do agravo de instrumento para impugná-las. Fica evidente, portanto, o sistema altamente lacunoso previsto no antigo estatuto processual civil, restando mais desagasalhado o objeto da tutela do mandado de segurança, isto é, o direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão, nos casos em que do decisório não coubesse recurso tendente a cessar os efeitos da prática do ato ilegal no exercício da função jurisdicional. Com o advento do vigente CPC de 1973, institucionaliza-se o princípio da ampla recorribilidade das decisões, abandonando-se a fórmula da especificidade dos casos em que se ensejará o reexame através da interposição do cabível recurso. Essa mudança reduziu as hipóteses em que o mandado de segurança poderia ser impetrado, tendo-se em conta a regra geral da ampla recorribilidade. E é em função deste aparente conflito, provocado pela redação da norma restritiva do art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51, corroborada pelo Supremo Tribunal Federal em sua Súmula nº 267, que surgirão as divergências doutrinárias e pretorianas nesta segunda fase da polêmica.

Três correntes que se estabeleceram acerca da matéria neste segundo momento: a primeira seria a corrente dita *gramatical* ou *literal*, que aplicava com rigor a norma processual restritiva do alcance do *mandamus*, entendimento dominante nesta etapa; a segunda corrente, conhecida como *moderada*, aceitava a impetração quando inexistisse

11 Lei nº 191/36, art. 4º e Código de Processo Civil de 1939, art. 320.

12 FLAKS, Milton. *Mandado de segurança – pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 173.

a previsão de recurso com efeito suspensivo pelas leis processuais; e, por último, a corrente *liberal* que, simplesmente, não levava em conta a norma restritiva da Lei 1.533/51, exigindo como pressupostos para a impetração do *writ* unicamente os parâmetros fixados pelo texto constitucional, ou seja, a ilegalidade do ato judicial violador de direito líquido e certo do impetrante, verificado mediante prova pré-constituída, sendo irrelevantes a previsão ou não de recursos assim como quais os efeitos de sua interposição.¹³

1.3 TERCEIRO MOMENTO: O LEADING CASE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Foi por meio do julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal do aludido RE nº 76.909, em 05.12.1973 relatado pelo Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, que se iniciou o terceiro estágio da controvérsia referente às hipóteses de admissibilidade do mandado de segurança como remédio impugnativo dos atos jurisdicionais. O eminente Ministro, objetivando assentar uma doutrina acerca do problema, na elaboração de seu memorável voto, “*deu-se ao trabalho de coletar e classificar mais de quinhentos arestos específicos, assim como de reunir as principais opiniões dogmáticas*”. Deste reconhecido esforço, foi possível traduzir, com o seu voto, nas palavras de MILTON FLAKS, “*um retrato perfeito e síntese magistral dos debates travados em torno do mandado de segurança e o ato de jurisdição, desde a criação do instituto até os dias atuais*”.¹⁴

Naquele acórdão fixou-se a tese de que seria possível o cabimento do *writ* contra ato judicial em que houvesse recurso próprio previsto, desde que este recurso fosse desprovido de efeito suspensivo e que o ato judicial desafiado causasse prejuízo irreparável ou de muito difícil reparação. O acórdão não foi unânime, mas esta foi a tese que restou vencedora. O que faz configurar como marco decisivo este julgamento é o fato de que, com ele, abrandou-se o rigor do entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido da norma restritiva do art. 5º, II, da Lei 1533/51. Com esta decisão, a Suprema Corte, em síntese, passou a admitir a impetração de mandados de segurança contra atos jurisdicionais sujeitos a reexame, porém em situações excepcionais.

13 É o que informa FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 98

14 Milton Flaks. FLAKS, Milton. *Mandado de segurança – pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 183.

Vale transcrever a síntese conclusiva do voto histórico do Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE:

Em suma, condições para a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial são, para mim, a não-suspensividade do recurso, acaso cabível, ou a falta de antecipação de eficácia da medida de correção a que também alude a lei, uma ou outra somada ao dano ameaçado por ilegalidade patente e manifesta do ato impugnado e, com menos exigência, relativamente a tal ilegalidade, àquele efetiva e objetivamente irreparável.¹⁵

Em seu voto, o Ministro relator chega a apontar para uma “dolorosa conclusão”, ao afirmar que “a jurisprudência, nossa e alheia, não ajuda decididamente na busca de diretrizes básicas que se possam adotar no tocante à afilitiva questão.” Conclui com certa dose de pessimismo que a jurisprudência “cai, ao contrário, no casuísmo que Victor Nunes qualificou de lamentável e que, sem discordar inteiramente, não estou longe de considerar inevitável”.¹⁶

Como já dissemos, o abrandamento do rigor da Súmula n° 267 pelo próprio Supremo Tribunal Federal, com o julgamento do aludido *leading case*, conferiu novas perspectivas doutrinárias e pretorianas no enfrentamento do problema relativo à impugnação de atos jurisdicionais por meio do mandado de segurança. Aqui, também, múltiplas correntes se estabeleceram: (i) a corrente *legalista*, defensora da interpretação gramatical do comando restritivo constante no art. 5º, inciso II, da Lei n° 1.533/51 e, conseqüentemente, da aplicação rigorosa da Súmula n° 267 do Supremo Tribunal Federal¹⁷; (ii) o posicionamento *moderado*, predominante, que admite a impetração do *writ* quando para o ato jurisdicional atacado não houver a previsão de recurso idôneo a ensejar a suspensão de seus efeitos.¹⁸ Os defensores desta corrente porém divergem quanto a questões como, por exemplo, a obrigatoriedade ou não de interposição do recurso cabível sem efeito suspensivo juntamente

15 RE n° 76.909, 05-12-1973, *RTJ*, 70:515.

16 RE n° 76.909, 05-12-1973, *RTJ*, 70:515.

17 Por todos, FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 227.

18 Por todos, BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989, pp. 136-150, e MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001 (edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes), p. 42-43.

com a impetração do mandado de segurança; se deve se exigir requisitos outros diversos daqueles que fixou a Constituição da República vigente para a utilização da ação constitucional contra decisões judiciais; e sobre a admissibilidade do mandado de segurança para impugnar sentenças revestidas de coisa julgada; e (iii) a corrente *liberal*, que admite o amplo manejo do *writ* contra decisão judicial, bastando, unicamente, a implementação dos pressupostos fixados pela norma constitucional.¹⁹

1.4 QUARTO MOMENTO: AUTORIZAÇÃO PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO

Como corretamente notou TERESA ARRUDA ALVIM: “a problemática do mandado de segurança contra ato judicial encontra campo fértil nas decisões interlocutórias, contra as quais é interponível o recurso de agravo”.²⁰ E a respeito desta espécie de recurso, fundas mudanças ocorreram em nosso ordenamento, principalmente por força da Lei nº 9.139/95, de 30 de novembro de 1995, que conferiu nova redação ao art. 558 do CPC para mitigar a regra da não suspensividade da interposição deste recurso. Pela nova sistemática, o relator passou a poder, a pedido da parte, conceder efeito suspensivo ao agravo se comprovados o fundado receio de dano grave, de difícil ou impossível reparação e a plausibilidade do direito alegado.

Tal inovação legislativa representou uma diminuição dos casos em que seria necessária a impetração do mandado de segurança contra atos jurisdicionais tendo em vista que, como registrou JOSÉ DA SILVA PACHECO, após o advento da nova lei, nos casos em que do ato jurisdicional ilegal violador de direito líquido e certo da parte litigante não comportar a interposição de recurso com efeito suspensivo, “*em lugar do mandado de segurança basta um requerimento ao relator para obter a suspensão, de acordo com o texto da Lei 9.139/95*”.²¹ A possibilidade é

19 V. FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 101-102.

20 ALVIM, Teresa Arruda. Mandado de segurança contra ato judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 38. Assim também já observou Hely Lopes Meirelles: “os mandados de segurança para atribuição de efeito suspensivo a recursos eram, na grande maioria, relacionados a agravo de instrumento”. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001 (edição atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes). p. 44.

21 PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 192. A mesma visão tem José dos Santos Carvalho Filho, para quem o problema da impetração do mandado de segurança contra atos jurisdicionais desprovidos de recurso com

extensível em relação às hipóteses em que a interposição da apelação não produzirá, em regra, a suspensividade da eficácia da decisão.

Por conta deste esvaziamento do manejo da ação constitucional para impugnar os decisórios, provocado pela relativização da regra da não suspensividade dos recursos de agravo e das apelações desprovidas de efeito suspensivo pelo advento da Lei nº 9.139/95 os Tribunais passaram a entender que o *writ* não mais poderia ser utilizado como o remédio idôneo para atacar toda e qualquer ilegalidade oriunda de decisão judicial que não pudesse ser cessada pela interposição do recurso cabível. Para tanto, impor-se-ia necessário somente o requerimento da parte interessada no sentido de pleitear a concessão do efeito suspensivo - comum ou ativo, conforme analisamos no capítulo anterior – ao relator do recurso. Assim já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

I – Antes do advento da Lei 9.139/95 (“lei do agravo”), admite-se a impetração de mandado de segurança contra decisão indeferitória de liminar em outro writ. Atualmente, contra a decisão monocrática que indefere liminar em writ, cabe tão-somente recurso de agravo de instrumento, e não outra ação de mandado de segurança. Hoje, não há mais que se falar em writ para conferir efeito suspensivo a recurso, nem em mandado de segurança como sucedâneo de recurso sem efeito suspensivo. Em suma, o mandado de segurança voltou ao seu leito natural, deixando de ser a panacéia de outrora. Precedente do STJ: RMS 5.854/PE.

II – Ainda que a decisão interlocutória seja de conteúdo negativo, a via adequada para impugná-la é o recurso de agravo de instrumento, ao qual pode ser conferido o denominado “efeito suspensivo ativo”. Interpretação teleológica do “novo” art. 558 do CPC. Precedentes dos Tribunais Regionais Federais.

III – Recurso ordinário conhecido, mas improvido²².

Com isso, entendemos que, atualmente, a impetração do mandado de segurança nos casos em que não haja recurso com efeito suspensivo,

efeito suspensivo “em grande parte foi resolvido pela nova disciplina do agravo, pela qual o recorrente pode, já com a interposição do recurso, requerer seja concedido efeito suspensivo ao recurso, impedindo a produção de efeitos danosos pelo ato judicial hostilizado”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 816.

22 ROMS 8516 / RS Relator o Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJ data: 08/09/1997 pg:42435, julgado em 04/08/1997, à unanimidade, grifamos.

só poderá ser admitida após o devido requerimento de concessão do efeito suspensivo pela parte prejudicada ao relator do recurso, pois somente após esta decisão que poderá se atribuir ao recurso interposto a incapacidade de se fazer sustar os efeitos do decisório atacado. Importante ressaltarmos que a decisão indeferitória do efeito suspensivo ao recurso poderá ser reformada apenas “*no momento do julgamento do agravo*” (art. 527, parágrafo único, CPC) o que reforça ainda mais a tese do cabimento do *mandamus* nesta hipótese.

A modificação, entendemos, foi de todo positiva, impedindo a inevitável utilização da ação constitucional para todos os casos e restabelecendo o espírito, a vontade da sistemática relativa aos meios de impugnação contra atos jurisdicionais, onde os recursos são o instrumental impugnativo natural e o mandado de segurança – assim como os demais meios de ataque – é mecanismo complementar, preenchendo as lacunas e deficiências deste sistema. É o que pensa KAZUO WATANABE, para quem o *writ* não pode ser manejado, simplesmente:

*como remédio alternativo à livre opção do interessado, e, sim, como instrumento que completa o sistema de remédios organizados pelo legislador processual, cobrindo as falhas neste existentes no que diz com a tutela de direitos líquidos e certos.*²³

2 O RETROCESSO DA “NOVA” LEI QUANTO AO TEMA

A Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009, ao prever laconicamente em seu art. 5º, inciso II que não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo, apenas se limitou a reproduzir a síntese conclusiva do acórdão referente ao RE 76.909-RS, julgado pelo STF no longínquo ano de 1973, deixando de procurar avançar no tema. O legislador limitou-se a se curvar a uma orientação que representa apenas um estágio remoto na longa e bastante rica evolução histórica legislativa, doutrinária e jurisprudencial alusiva às hipóteses de admissibilidade do mandado de segurança contra atos jurisdicionais.

Ainda que se admita que a “nova” lei procurou apenas consolidar entendimentos consagrados pela jurisprudência (o que, a nosso juízo,

23 WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 106.

representa uma postura excessivamente passiva do legislador)²⁴, o que há de mais grave quanto ao seu art. 5º, II, é ter voltado no tempo, ter positivado uma solução aquém do momento atual. O problema do mandado de segurança conta atos jurisdicionais continua vivo e ainda no aguardo de novos caminhos para sua superação.

Com efeito, a nova sistemática adotada a partir 1995, referida no tópico anterior, não supre todas as lacunas do nosso ordenamento, havendo situações em que a eficácia do ato jurisdicional ilegal violador de direito líquido e certo subjetivo da parte litigante restará inatacável. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que (i) se determina que o agravo deveria ser interposto na modalidade retida, apesar de se verificar presentes os requisitos para admiti-lo como agravo de instrumento, em que seria possível fazer o pedido de concessão do efeito suspensivo; (ii) a eventual demora pelo acolhimento do requerimento da parte pelo relator do recurso sem efeito suspensivo não tornará possível a eficaz tutela do direito alegado; (iii) não há previsão de agravo para impugnar decisões interlocutórias, como ocorre no microssistema dos Juizados Especiais, por exemplo. Em hipóteses como essas, usadas exemplificativamente, persistirá o problema. Isto porque, aqui, a simples possibilidade de requerimento de concessão de efeito suspensivo a agravo não constitui medida bastante a amparar o direito líquido e certo violado ou ameaçado de lesão. A isso tudo, a “nova” lei parece responder simplesmente: nesses casos, caberá o mandado de segurança. Mas não responde a outras perguntas que o atual estágio do tema continua a formular: a qual órgão deve ser dirigido? Persiste ou não a exigência de ‘dano irreparável’ e ‘teratologia do decisório’ para a impetração da ação constitucional? Haverá necessidade de prosseguir com o recurso interposto sem efeito suspensivo simultaneamente à impetração do mandado de segurança?

Para além dessas indagações não respondidas pela nova lei, o legislador também não deveria ter olvidado dos novos tempos desejados pelas reformas processuais recentes e vindouras: efetividade do processo, celeridade para a entrega da prestação jurisdicional, resgate da confiança da sociedade no Judiciário, numa palavra: superação da crise do sistema de prestação de justiça em nosso país. É ilusório pretender um modelo de processo civil mais efetivo apenas a partir da supressão de recursos e garantias processuais esquecendo que o “bom e velho” mandado

24 O inciso III do art. 5º da lei é exemplo contundente desta omissão: limita-se a reproduzir o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula nº 268, que prescreve: “não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado”. A mesma orientação adotou o Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada em seu Enunciado nº 33.

de segurança seguirá sendo mais que um instrumento processual mas, por si só, uma garantia constitucional que apenas uma nova Constituição poderia (pelo menos em tese!) extinguir. O problema, obviamente, não está na existência da garantia, que poderá sempre ser utilizada pelos jurisdicionados contra ilegalidades do Estado-Juiz. O problema está no dever não cumprido pelo legislador de compatibilizar a salutar previsão do mandado de segurança em nossa Constituição com a pretendida prestação jurisdicional célere e efetiva. E a falha da nova lei não foi apenas não ter vencido esse desafio. Mas sequer ter se proposto a ele, tendo deixado escapar a preciosa oportunidade de indicar novos caminhos para a utilização adequada do mandado de segurança no âmbito dos meios de impugnação das decisões judiciais.

3 CONCLUSÕES

Tendo em vista sua índole dúplice de instrumento processual e garantia constitucional, o mandado de segurança desafia uma adequada solução no que toca às hipóteses de impetração para impugnar atos jurisdicionais. A recente Lei nº 10.016/2009 frustrou as expectativas de equacionar adequadamente o assunto, representando um retrocesso ao se limitar a positivar decisão do STF tomada há mais de 35 anos, tendo, com isso, ignorado todo o percurso histórico percorrido quanto ao assunto e deixado sem respostas diversas dúvidas decorrentes do atual estágio da controvérsia.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. *Mandado de segurança contra ato judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FLAKS, Milton. *Mandado de segurança – pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001 (edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes).

PACHECO, José da Silva. *A reclamação no STF e no STJ de acordo com a nova constituição*. RT, n. 646. São Paulo, p. 19-32.

SIDOU, J. M. Othon. *Do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.