

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Mário Henrique de Barros Dorna

**Efeitos patrimoniais do mandado de segurança:
interpretação constitucional das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Mário Henrique de Barros Dorna

**Efeitos patrimoniais do mandado de segurança:
interpretação constitucional das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Cassio Scarpinella Bueno.

São Paulo

2019

Banca Examinadora:

Aos meus avós,

Eduardo Mariano de Barros (*in memoriam*) e

Maria Isabel Paiva de Barros (*in memoriam*).

Porque a saudade não cessa e os exemplos jamais serão esquecidos.

O amor e a gratidão, por tudo e tanto que por nós fizeram, só multiplicam...

Nossos exemplos, nossos heróis, nossos amores.

Obrigado hoje e sempre!

AGRADECIMENTOS

Os primeiros agradecimentos são dirigidos à família. Aos meus pais, Mozart e Marília, pelo apoio incessante e porque de tudo fizeram para proporcionar as melhores condições. E conseguiram. Se com algum êxito cheguei até aqui, *tudo* devo a vocês. E aos meus irmãos, Mayra e Marcel, exemplos que, acima de tudo, sempre souberam respeitar escolhas e individualidades. Acredito que todos soubemos tomar decisões certas, mas o melhor que tivemos na vida sequer pudemos escolher: *nós*.

Agradeço aos meus tios, Tetê e Tonho, e aos meus primos, Thales e Thais, pelos momentos inesquecíveis de infância: os passeios de carro antigo, a piscina no quintal, a roupa suja de barro, as férias no Porto e as histórias, tantas boas histórias que nos mantém próximos daqueles amores eternos a quem dedico este trabalho: do Vô e da Vó.

À Isabel, pelo amor nutrido diariamente, pelo companheirismo à toda prova e pela paciência desenvolvida ao longo desse período. Sua presença e o seu carinho fizeram essa conquista possível e muito, muito mais doce!

Ao meu orientador, Professor Cassio Scarpinella Bueno, primeiro pela amizade e pelo convívio sempre engrandecedor. Não apenas o estudante, mas o profissional e o homem agradecem as oportunidades, bem como as lições, a liberdade e a confiança ao longo de todo esse período de Mestrado.

À Professora Déborah Regina Lambach Ferreira da Costa, pelo coração imenso, pela generosidade, pela imensa sabedoria compartilhada há mais de uma década. As orientações ao longo da graduação e depois dela, quero muito que saiba, até hoje são valiosíssimas.

À Letícia Zuccolo Paschoal da Costa Daniel, à Carolina Nardy Gabriel e à Daniela Antonelli Lacerda Buffachi, pela amizade, pelos incentivos e por todo o auxílio para que esta empreitada acadêmica se iniciasse e evoluísse com alguma dignidade. Brincadeiras à parte, o apoio de vocês foi determinante desde o ingresso no Mestrado até a conclusão deste trabalho.

Aos Professores que tive nos créditos do Mestrado, pela dedicação e pela imensa generosidade de compartilharem conosco tanto conhecimento: Paulo de Barros Carvalho,

Cláudio de Cicco, Cassio Scarpinella Bueno, Teresa Arruda Alvim, Sérgio Shimura, Olavo de Oliveira Neto, Eduardo Arruda Alvim, William Santos Ferreira, Anselmo Prieto Alvarez, Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, Lucas Galvão de Britto, Dalton de Jesus Oliveira e Cristiane Druve Tavares Fagundes. Muito obrigado, pois, ao final, vocês fizeram esta caminhada ter valido tanto a pena.

Aos colegas, sem exceção, pelo convívio semanal; o suporte nas mais diversas horas, os debates e as trocas de experiências foram tão desafiadores quanto engrandecedores. Enfim, por terem proporcionado um ambiente de intensos aprendizado e evolução, sem jamais perder a graça.

Sou e serei sempre grato a todos vocês!

RESUMO

DORNA, Mário Henrique de Barros. *Efeitos patrimoniais do mandado de segurança: interpretação constitucional das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado (Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2019.

A dissertação recupera a história do mandado de segurança no Direito brasileiro para compreendê-lo à luz do modelo constitucional e a fim de interpretar adequada e rigorosamente as Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. A partir de firmes premissas hermenêuticas e metodológicas, revelam-se equivocadas as afirmações feitas por parte da doutrina e em um sem-número de decisões judiciais a respeito de o mandado de segurança configurar sucedâneo de ação de cobrança e sobre a possibilidade de produzir efeitos patrimoniais pretéritos. A interpretação sistemática do Direito, conjugando normas constitucionais e legais, direito processual e direito material, bem como a análise de um acervo de acórdãos, leva à sistematização de regras que revelam falhas de ambas as Súmulas, cujos enunciados não cumprem a missão de externar, com clareza e precisão, determinada interpretação de norma jurídica. Ao final, evidencia-se que, ao longo da história, determinadas restrições foram atribuídas ao mandado de segurança e às regras do direito processual, generalizadamente, quando dizem respeito ao direito material que rege determinadas situações sujeitas a mandado de segurança. Compreender a origem das restrições impostas pelas Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal e as situações em que se aplicam legitimamente é de suma importância para preservar (leia-se: *recuperar*) o campo de atuação desta essencial e formidável garantia constitucional que é o mandado de segurança.

ABSTRACT

DORNA, Mário Henrique de Barros. *Patrimonial effects of the writ of mandamus: constitutional interpretation of precedents 269 and 271 of the Federal Supreme Court*. Dissertation (Master in Law). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil, 2019.

This work recovers the writ of *mandamus* history in Brazilian Law to comprehend it, in the light of the constitutional model, with the purpose to interpret, adequately and strictly, precedents n. 269 and 271 of the Federal Supreme Court. Stem from strong hermeneutic and methodological premises, the affirmations made by part of the doctrine and many judgments in the sense that the writ of mandamus can substitute actions for debt and about the possibility of producing past patrimonial effects are wrong. The systematic interpretation of Law, conjugating constitutional and legal rules, procedural and material law, such as the analysis of a collection of judgments, leads to the systematization of rules that reveal flaws of both precedents (269 and 271 of the Federal Supreme Court), whose assertions do not fulfil the mission to extern, with clarity and precision, the interpretation of the legal rule. In conclusion, during history, certain restrictions were assigned to the writ of mandamus and to the procedure law rules, generically, concerning material law that rules determined situations subject to writ of mandamus. Comprehending the origin of the imposed restrictions by precedents 269 and 271 of the Federal Supreme Court such as the situations in which they legitimately apply is fundamental to preserve (read: *to recover*) acting field of this essential and formidable constitutional guarantee that is the *writ of mandamus*.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. HISTÓRICO DO MANDADO DE SEGURANÇA	17
2.1. Histórico normativo no Direito brasileiro	17
2.2. Paralelos e antecedentes em legislações estrangeiras.....	29
2.2.1. “Writs” do direito anglo-saxônico	30
2.2.2. Juízo de Amparo do direito mexicano	32
2.2.3. “El Amparo de las garantías individuales” da constituição espanhola de 1931 ..	34
2.2.4. A proteção dos direitos individuais e a Alta Corte de Justiça Constitucional na Áustria.....	35
2.2.5. Síntese conclusiva.....	36
3. PREMISSAS HERMENÊUTICAS E METODOLÓGICAS	37
3.1. Primeira premissa: o Estado de Direito	37
3.2. Segunda premissa: princípio da legalidade	39
3.3. Terceira premissa: isonomia.....	41
3.4. Quarta premissa: direitos e garantias fundamentais	45
3.5. Quinta premissa: eficiência processual em toda a atuação do Estado.....	47
3.6. Sexta premissa: tutela jurisdicional efetiva	55
3.7. Sétima premissa: instrumentalidade do processo e das formas.....	56
3.8. Oitava premissa: interpretação ampla do mandado de segurança.....	59
3.9. Oitava premissa: tutela do direito <i>in natura</i>	60
4. O MODELO CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA	65
4.1. A dicção imperativa da Constituição Federal.....	66
4.2. O “direito líquido e certo...”	67
4.3. “...não amparado por habeas corpus ou habeas data...”	73
4.4. “...quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder...”	74
4.5. “...for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”	77
5. ANÁLISE DOS ENUNCIADOS SUMULARES 269 E 271 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS RESPECTIVOS ANTECEDENTES	82
5.1. Considerações iniciais	82
5.2. O enunciado da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal	82
5.3. Antecedentes da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal	83
5.3.1. STF-Pleno, ROMS nº 10.149/DF, Rel. Min. Victor Nunes, j. 17/08/62.....	83

5.3.2. STF-Pleno, ROMS nº 10.065/GB, Rel. Min. Victor Nunes, j. 17/08/62.....	84
5.3.3. STF- Pleno, ROMS nº 10.629/PB, Rel. Min. Ary Franco, j. 11/03/63	85
5.3.4. STF-Pleno, ROMS nº 6.747, Rel. Min. Victor Nunes, j. 27/05/63	86
5.3.5. Constatações preliminares	87
5.4. O enunciado da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal	88
5.5. Antecedentes da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal	89
5.5.1. RE 48.567/CE, Rel. Min. Victor Nunes, j. 15/05/1962	89
5.5.2. AI 26.672/SP, Rel. Min. Victor Nunes, j. 12/03/1963.....	90
5.5.3. ROMS 6.747/GUANABARA, Rel. Min. Victor Nunes, j. 27/05/1963	91
5.5.4. Constatações preliminares	91
6. A PROGRESSIVA SUPERAÇÃO DOS ENUNCIADOS DAS SÚMULAS 269 E 271	
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	93
6.1. A lei federal nº 4.348, de 26 de junho de 1964	93
6.2. A lei federal nº 5.021, de 9 de junho de 1966	94
6.3. O art. 14, § 4º, da lei federal nº 12.016/2009	95
6.4. Decisões relevantes	97
6.4.1. STF-2ª T., RMS 24.953/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 14/09/04.....	97
6.4.2. STF-1ª T., RMS 27.357/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25/05/10.....	99
6.4.3. STJ-5ª T., RMS 3.172/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 14/05/02	101
6.4.4. STJ-2ª T., AgRg no RMS 43.039/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. 08/09/15 .	102
6.4.5. STF-Plenário, ADPF 339/PI, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/05/16.....	103
6.4.6. STF. SS 5.151/RR-MC, Rel. Min. Pres. Cármen Lúcia, j. 19/09/16.....	105
6.4.7. STF-Plenário, RE 533.710/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/11/16.....	106
6.4.8. STJ-1ª S., REsp 1.111.164/BA, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 13/05/09	110
7. POSSÍVEL SISTEMATIZAÇÃO DAS REGRAS DE EFEITOS PATRIMONIAIS	
DO MANDADO DE SEGURANÇA	113
7.1. Sobre o cunho patrimonial ou extrapatrimonial da pretensão	113
7.2. Sobre a (in)validade do marco temporal aparente na Súmula 271	116
7.3. O princípio da legalidade da despesa pública	118
7.4. Quanto à Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal: mandado de segurança e ação de cobrança	124
7.4.1. Análise sob a linguagem lógica.....	129
7.5. Quanto à Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal: mandado de segurança e os pagamentos referentes a período anterior à impetração.....	134

7.6.	Situações práticas que confirmam o acerto e a utilidade da proposta	136
7.6.1.	<i>Compensação de créditos tributários</i>	136
7.6.2.	<i>Atraso de transferências constitucionais</i>	137
7.6.3.	<i>Retenção injustificada de repasses devidos em parcerias entre Primeiro e Terceiro Setores</i>	141
7.6.4.	<i>Liberação de pagamentos devidos a contratados e retidos abusivamente</i>	142
7.6.5.	<i>Anistiados</i>	144
7.6.6.	<i>A ordem cronológica dos pagamentos</i>	144
7.6.7.	<i>Salários e proventos devidos não recebidos durante o período em vigorou ato ilícito de demissão ou exoneração</i>	148
7.7.	Breves ponderações sobre o papel das Súmulas e a simplificação do universo de fato e de Direito em julgamentos relevantes: os casos da ADPF 250 e do RE 889.173	150
8.	CONCLUSÃO	156

1. INTRODUÇÃO

A dissertação tem por objeto central as Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, cujos enunciados são, respectivamente, “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança” e “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

Longe de ter os enunciados sumulares como dogmas¹⁻²⁻³ e, tomando-os como verdades, a partir deles realizar cogitações, a proposta é outra: voltando à base do Direito brasileiro, recuperar o modelo constitucional do mandado de segurança e, tendo-o como pedra angular e premissa inafastável, extrair dos enunciados sumulares o que, *de acordo com a Constituição Federal*, efetivamente podem fornecer de jurídico, eliminando arbitrariedades, interpretações deturpadas ou, ao menos, *enviesadas* pelos enunciados de Súmulas cujos conteúdos são absolutamente questionáveis quando contrastados com os acórdãos que os originaram e, principalmente, com a Constituição Federal hoje vigente.

Em outras palavras, a intenção é não repetir de maneira acrítica o caminho perseguido por inúmeros julgados e quase a totalidade da doutrina⁴ que afirma, por exemplo, que “[o]s efeitos patrimoniais do mandado de segurança devem ser pleiteados na ação própria. Da mesma forma, a pretensão relativa a vencimentos, atrasados etc., em decorrência de nomeação, reintegração etc., não pode ser cobrada por mandado de segurança” e que “[a]s

¹ É o que se passa, por exemplo, em: ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal (incluindo as Súmulas Vinculantes) e do Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp.134/135.

² O mesmo problema parece ocorrer em: FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 178: “o mandado de segurança (...) não pode alvejar, nem mesmo por compreensão extensiva, haveres patrimoniais pretéritos (...) ainda que tais efeitos sejam meramente declaratórios”.

³ Da mesma maneira, confiando nos enunciados sumulares do STF: BASTOS, Celso Ribeiro. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 18: “Em resumo, o mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais quando (...) se referirem a períodos anteriores à impetração (...)”.

⁴ Nota: é reduzida a parcela da doutrina que enfrenta a questão dos efeitos patrimoniais do mandado de segurança. Dentre os que o fazem, todavia, quase a totalidade se limita a dissertar presumindo a legitimidade das regras extraíveis da leitura dos enunciados da Súmulas 269 e 271 do STF.

prestações vencidas entre a impetração e a concessão da segurança não estão abrangidas pela sentença do MS (RTJ 75/164, 70/734, 67/850 e 65/567; RE 66.184, RTJ 73/123).”⁵⁻⁶

A proposta é, de certa forma contrariando o que comumente se vê na prática forense, reassumir a natureza de “método de trabalho” original das súmulas, cujos textos são *não vinculantes* e veiculam *uma* possível interpretação da norma jurídica⁷. Isso porque situações experimentadas no dia a dia forense e que, no âmbito doutrinário, não encontraram respostas completas e organizadas levaram à escolha de pôr à prova a Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal, buscando validar hipóteses que permitam perfilhar *se* e *quando* o mandado de segurança pode (ou não) produzir efeitos patrimoniais, mantendo sua identidade e, portanto, não configurando sucedâneo de ação de cobrança.

O mesmo cenário de fato justificou o exame conjunto da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal, pois não são poucos os acórdãos que, embora o façam caso a caso, *justificadamente permitem que a sentença do mandado de segurança produza efeitos*

⁵ ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal (incluindo as Súmulas Vinculantes) e do Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp.134/135.

⁶ Eis amostragem da parcela da doutrina que, a propósito dos efeitos patrimoniais do mandado de segurança, se restringe a aplicar os enunciados das Súmulas 269 e 271 do STF: ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Mandado de segurança: introdução e comentários à lei n. 12.016, de 7.8.2009 (Artigo por artigo), com indicação do pls n. 222/2010*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 362/363; FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 311; DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 6. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 152/153; THEODORO JR., Humberto. *O mandado de segurança segundo a lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 38; GAJARDONI, Fernando da F.; SILVA, Márcio Henrique M. da; FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves. *Comentários à nova lei de mandado de segurança (lei 12.016, de 7 de agosto de 2009)*. São Paulo: Método, 2009, p. 86.; REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009, pp. 124/125; FUX, Luiz. *Mandado de segurança*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 170/174; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 632/633; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 219/222.

⁷ Compreendendo, em diferentes medidas, que a complexidade da matéria não se atém aos textos dos enunciados das Súmulas 269 e 271 do STF: SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 87/92; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. *Mandado de segurança, mandado de injunção, ação civil pública, ação popular, habeas data*. 2. Ed. São Paulo: Verbatim, 2010, pp. 77/79; ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à lei do mandado de segurança – lei 12.016/2009*. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2017, pp. 258/271; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 4. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, pp. 214/215; MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à lei 12.016/2009*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2019, pp. 93/95.

patrimoniais referentes a períodos anteriores ao ajuizamento do mandado de segurança, em que pese o referido enunciado sugira absoluta impossibilidade de que tal ocorra.

O que a experiência demonstra é que os dois enunciados sumulares tem sido utilizados de maneira pouco criteriosa, quiçá casuística, respaldando a denegação de segurança quando a pretensão do impetrante é de obtenção de efeitos patrimoniais.

A evidente simplificação no campo prático, levando à equivocada associação entre efeito patrimonial e ação de cobrança, como se aquele fosse exclusividade desta ou como se a fruição *in natura* do direito não pudesse envolver prestação patrimonial, leva a problemas diversos, enfrentados de maneira casuística pela jurisprudência e, pelo que pudemos identificar, ainda carece de reflexão e sistematização por parte da doutrina.⁸

Parece-nos correto afirmar que o assunto carece de uma compreensão mais ampla, de uma *teoria geral* que exponha as possibilidades e as limitações dos efeitos patrimoniais do mandado de segurança, sem o quê persistiremos no equívoco de obter soluções para casos pontuais e extrapolá-las para casos essencialmente distintos, como há décadas se fez e se faz com as Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

Por isso, o estudo terá início com o refazimento do histórico normativo do mandado de segurança do Direito brasileiro, com a finalidade de reafirmar a as origens do mandado de segurança, sua finalidade e os limites constitucionais a ele impostos para, sob tal enfoque, ser possível interpretar adequadamente as Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

Da compreensão deste cenário fático-jurídico das origens desta garantia constitucional serão fincadas as premissas hermenêuticas e metodológicas do estudo a ser empreendido, após o quê será realizada incursão no modelo constitucional do mandado de segurança, pois a compreensão de todas as regras que o regem há de ocorrer sempre dentro de e conforme os limites da Constituição Federal. Leis, súmulas, doutrina e jurisprudência *jamaiz*

⁸ Exemplificando a análise crítica do problema, mas ainda sem o necessário aprofundamento: YARSHELL, Flávio Luiz; RODRIGUES, Viviane Siqueira. Comentários ao artigo 14. *In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha. Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010, pp. 186/196.

podem escapar da moldura constitucional e é a isto, à interpretação das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal *conforme* a Constituição Federal, que se presta o estudo.

Além de situar historicamente a matéria, o estudo buscará também dialogar com as peculiaridades que os Direitos Constitucional e Administrativo impõem e que, embora possam parecer óbvias ou simples, acarretam desdobramentos relevantes muitas vezes deixados em segundo plano, acobertados pela fácil (e talvez falsa) resposta das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. Exemplo disso é o ritual burocrático que antecede pagamentos e transferências de valores realizados por órgãos públicos, a responsabilidade do agente que o descumpre, além da necessária orçamentação de valores. Conforme se buscará demonstrar, tudo isso interessa à correta compreensão do tema, pois revela os traços distintivos dos fins legitimamente perseguidos por meio de ação de cobrança e por meio de mandado de segurança.

Em rigor, por uma questão didática, os enfrentamentos dos assuntos pertinentes a cada uma das Súmulas do Supremo Tribunal Federal se farão separadamente: primeiro será decomposto o conteúdo da Súmula 269 do STF a partir dos julgados que a motivaram, trazendo constatações preliminares e, em seguida, uma proposta de distinção criteriosa entre mandado de segurança e ação de cobrança para fins de interpretação do enunciado sumular; em seguida será feita a mesma incursão quanto ao enunciado da Súmula 271 do STF e seus antecedentes jurisprudenciais, coligindo-a com o teor da Lei nº 5.021/66, do que serão extraídas conclusões preliminares, analisados julgados aparentemente dissonantes e, ao final, será igualmente proposto um critério não casuístico, mas geral e abstrato, de aceitação ou vedação dos efeitos patrimoniais pretéritos em mandado de segurança.

Por último, buscar-se-á apresentar, de maneira sistematizada, critérios jurídicos para a compreensão das hipóteses em que o mandado de segurança pode, ou não, produzir efeitos patrimoniais, e se e quando tais efeitos podem se referir a período anterior ao ajuizamento da petição inicial.

Apenas uma ressalva é importante: este trabalho não tem a pretensão de esgotar a matéria relativa ao mandado de segurança ou de conter exposição completa e linear, como a de um manual. Os dados e as informações relativas ao mandado de segurança, sejam de cunho histórico ou essenciais para a prática forense, como as que dizem respeito às condições da ação ou ao rito, serão trazidos apenas na medida em que se provarem pertinentes ao fim pretendido

que é, não custa repetir, conhecer e sistematizar as regras jurídicas relativas aos efeitos patrimoniais do mandado de segurança, costumeiramente obstados por meio da aplicação das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

2. HISTÓRICO DO MANDADO DE SEGURANÇA

2.1. Histórico normativo no Direito brasileiro

No Brasil, durante o Império, o princípio da separação dos poderes correspondia à não sujeição dos atos da administração pública ao Poder Judiciário, mas apenas ao contencioso administrativo cujo órgão mais representativo era o Conselho de Estado.

Após a proclamação da República, em 1889, e com a vigência da Constituição de 1891, foi abolido o até então vigente modelo do contencioso administrativo e as causas de sua competência, absorvidas pelo Poder Judiciário⁹⁻¹⁰, passaram a ser submetidas à legislação processual civil.

Conforme relata Celso Agrícola Barbi, à época do Império e nos primeiros tempos da República, enfrentaram-se os graves problemas da ineficácia e da ineficiência dos procedimentos processuais civis para a proteção de direitos do cidadão perante o Estado, sendo o principal deles a “incapacidade para atender aos casos em que o direito violado não pudesse ser substituído pela reparação pecuniária”¹¹.

A partir deste cenário fático, Rui Barbosa teria buscado dar uma nova serventia aos procedimentos possessórios, caracterizados pela celeridade e pela execução *in natura*, articulando a tese da posse de direitos pessoais¹²⁻¹³, a qual, em razão da forte resistência sofrida, não grassou no Direito.

Alçado ao status de garantia constitucional na Constituição Federal de 1891, o *habeas corpus*, ainda que em termos, assumiu a função de viabilizar a *tutela específica* de

⁹ BARBOSA, Rui. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*, vol. IV: arts. 55 a 62 - do Poder Judiciário. São Paulo: Saraiva, 1933, pp. 430-431.

¹⁰ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, pp. 143-152.

¹¹ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 30.

¹² A favor desta tese: Edmundo Lins, *Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, 1935, pp. 321 e ss.; Vicente Ráo, *Posse de Direitos Pessoais*, pp. 38 e ss.

¹³ Contrários à tese de Rui Barbosa: Ribas, *Consolidação das Leis do Processo Civil*, art. 756 – da posse e das ações possessórias, São Paulo, 1901, pp. 274-275; Lafayette, *Direito das coisas*, Rio de Janeiro, 1943, vol. I, p. 75, nota 147; Bevilacqua, *Código civil*, vol. III, comentários ao art. 485; Paulo Rodrigues Teixeira, *A posse e os interditos possessórios*, Rio de Janeiro, 1923, pp. 54 e ss.

deveres de fazer ou de não fazer. A abrangência da previsão constitucional (art. 72, § 22: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”), que não o restringia à tutela da liberdade de locomoção, deu azo ao surgimento de três correntes a respeito do alcance do *habeas corpus* no Direito brasileiro.

Conforme o retrato histórico adiante demonstrará, eram as correntes: (i) a conhecida como “teoria brasileira do *habeas corpus*”, segundo a qual se poderia empregá-lo na defesa de qualquer direito, não apenas para a tutela da liberdade; (ii) no outro extremo, fiel à sua origem histórica, tinha-se a corrente que limitava o *habeas corpus* à tutela da liberdade de locomoção; e (iii) a corrente intermediária, fortemente defendida pelo Ministro Pedro Lessa, do Supremo Tribunal Federal, para quem “O *habeas corpus* protegeria não só a liberdade de locomoção, mas também todas as situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de afronta a outro direito.”¹⁴

Em novembro de 1894, no art. 13 da Lei nº 221, sobreveio a “ação anulatória de atos da administração”¹⁵, de rito sumário e com a possibilidade de sustação dos efeitos do ato impugnado, se não fossem apresentadas razões de ordem pública¹⁶. De acordo com esta lei, o ato impugnado poderia ser anulado em razão de ilegalidade¹⁷, assim entendida a não aplicação ou a aplicação indevida do direito, resguardado o poder discricionário do administrador¹⁸, hipótese em que o ato apenas seria anulado em caso de incompetência ou abuso de poder¹⁹.

Pelas causas mais diversas — como o despreparo dos magistrados, a inércia dos interessados e os defeitos do sistema, que levava à sustação dos atos impugnados mas não

¹⁴ TALAMINI, Eduardo. As origens do mandado de segurança na tradição luso-brasileira. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002, p. 307.

¹⁵ A redação do caput era a seguinte: “Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.”

¹⁶ §7º: “A requerimento do autor, a autoridade administrativa que expediu o acto ou medida em questão suspenderá a sua execução, si a isso não se oppuzerem razões de ordem publica.”

¹⁷ Art. 13.

¹⁸ Art. 13, “a”.

¹⁹ Art. 13, “b”.

propiciava julgamentos efetivamente céleres²⁰⁻²¹ —, os efeitos práticos da Lei nº 221, de 1894, foram insatisfatórios e motivaram a busca de outros meios para a proteção de direitos contra ilegalidades perpetradas por autoridades públicas.²²

Segundo Arnoldo Wald, “a ação sumária especial foi pouco usada, tendo traído as esperanças nela depositadas, recorrendo de preferência os lesados por atos da administração ao *habeas corpus* e aos remédios possessórios”²³. De todo modo, a leitura da Lei nº 221 não nos deixa dúvida: estavam lançadas as sementes do que, décadas depois, viria a ser o mandado de segurança.

Neste ínterim, tomou corpo a *doutrina brasileira do habeas corpus*, nos moldes consagrados por Rui Barbosa na Constituição de 1891, que o inseriu no rol de garantias constitucionais ao prever, no art. 72, § 22: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação por ilegalidade por abuso de poder.”

Embora Castro Nunes tenha criticado a fórmula constitucional por ser “demasiado ampla”²⁴, em 1915, memorável discurso de Rui Barbosa justificou e esclareceu a intenção do constituinte, que “[r]ompeu abertamente, pela fórmula, que adotou na Carta Republicana, com a estreiteza da concepção do *habeas corpus* sob o regime antigo. A definição do *habeas corpus* na Constituição vigente é esta: ‘Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer *violência*, ou *coação* por ilegalidade por abuso de poder.’ Não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que onde quer que surja,

²⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 31.

²¹ WALD, Arnoldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 13.

²² CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. Ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, p. 26: “A ação sumária especial já havia sido criada com este mesmo intuito. Os seus resultados foram deficientes, senão nulos.”

²³ WALD, Arnoldo. op. cit., p. 14.

²⁴ NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 38.

onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*.²⁵

Fruto de avanços da doutrina e da jurisprudência e pautado no princípio geral de que não pode haver direito sem o correspondente instrumento para assegurá-lo²⁶, a teoria brasileira do *habeas corpus* ampliou de maneira consciente o seu espectro protetivo.

Episódios históricos interessantes marcaram a tensão jurisprudencial entre o costume até então prevalecente e a teoria brasileira do *habeas corpus*. Primeiramente, em 1892, Rui Barbosa impetra o *Habeas Corpus* nº 300 ao Supremo Tribunal Federal²⁷, em favor do Senador Almirante Eduardo Wandenkolk e outros cidadãos, indiciados por crimes de sedição e conspiração, presos ou desterrados em virtude de decretos expedidos pelo Vice-Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto, na função de Presidente, atos aqueles que acarretaram a suspensão das garantias constitucionais, decretando-se o estado de sítio no Distrito Federal.

O pedido na inconstitucionalidade do estado de sítio foi fundamentado na ilegalidade das prisões, realizadas antes de decretado o estado de sítio e também depois de terminada a sua vigência, quando deveriam imediatamente ser restabelecidas as garantias constitucionais.

No julgamento, ocorrido em 27/04/1892, por maioria de 10x1, denegou-se a ordem, dentre outros, sob os fundamentos de que “não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo” e “ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende, salvo se unicamente tratar-se de punir os

²⁵ BARBOSA, Rui. *Discursos parlamentares*. Rio de Janeiro, Fund. Casa de Rui Barbosa, 1981, pp. 93/94. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RuiBarbosa/56715/PDF/56715.pdf>. Acesso em 30/04/19, às 23:15hs.

²⁶ Esta não deixa de ser, sob certo aspecto, parte da definição de Direito, distinguindo-o da Moral, v. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

²⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=hc300>

abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas, porque a esses agentes não se estende a necessidade do voto político do Congresso”.

Breves parênteses se fazem necessários: curioso observar que o Relator Min. Costa Barradas, que integrou a maioria pela denegação da ordem, seis anos depois, quando aposentado, endossando a tese do *habeas corpus* nº 300 de Rui Barbosa, subscreveu o HC nº 1.073 impetrado ao Supremo Tribunal Federal em favor de congressistas presos na Ilha de Fernando de Noronha²⁸, acolhido por maioria.

No ano seguinte ao do *habeas corpus* nº 300, Rui Barbosa novamente apresenta sua tese perante o Supremo Tribunal Federal. O HC nº 406²⁹ foi impetrado em favor de David Ben Obill e outros brasileiros e estrangeiros civis que somavam 48 pessoas que haviam sido presos por ordem do Vice-Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto, a bordo do navio mercante “Júpiter”, capturado no litoral de Santa Catarina.

Na ocasião do julgamento do HC nº 406, sob a relatoria do Min. Barros Pimentel, em 09/08/1893 o Supremo Tribunal Federal, concedendo a ordem de soltura em favor dos detidos, reconheceu a possibilidade de, por meio de *habeas corpus*, examinar-se a legalidade de atos do Poder Executivo.

Posteriormente, em março de 1898, ao julgar o *habeas corpus* nº 1.063, impetrado novamente por Rui Barbosa, agora em favor dos pacientes senador João Cordeiro, deputados Alcindo Guanabara e Alexandre J. Barbosa Lima, major Thomaz Cavalcanti de Albuquerque, Frederico José de Sant’Anna Nery e José de Albuquerque Maranhão, o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem afirmando:

Cessado, entretanto, o sítio, e restabelecida com as garantias constitucionais a plenitude das funções judiciárias, se a justiça federal, legitimamente provocada, depara com uma prisão, com um desterro ordenado pelo Governo, como tais medidas somente são permitidas pela lei fundamental durante o estado de sítio, não pode a mesma justiça deixar de proclamá-las inconstitucionais na atualidade (embora fossem justificáveis quando se decretaram, pois disso julgará o Congresso), e conseqüentemente,

²⁸<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=hc1073>

²⁹<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFdescricaoHC406>

ocasionarem aos que as sofrem coação ilegal, socorrendo os pacientes com a tutelar providência do *habeas corpus*.

Por fim, também vale a menção ao *habeas corpus* de nº 1.073, já citado *en passant*, em que se sagrou vencedora a tese de cabimento da garantia constitucional para exame da legalidade de atos do Poder Executivo, resultando na concessão da ordem em favor dos pacientes que se encontravam exilados na Ilha de Fernando de Noronha.

A partir de 1900, a jurisprudência revelava avanços, mas também conflitos internos e contradições que, à luz da isonomia, eram intoleráveis.

Em apanhado histórico dos julgados do Supremo Tribunal Federal, Arnoldo Wald atesta que “ainda em 1901, a área coberta pelo *habeas corpus* não está bem delimitada”³⁰. Exemplificando, citou-se acórdão de 1901 em que o Supremo Tribunal Federal afirma que “demissão ilegal de um magistrado não é caso de *habeas corpus*” e outro, impetrado em favor de Conde D’Eu, Gastão de Orleans, em que, ao julgá-lo (em 1903) a Corte buscou definir a função ampla do *habeas corpus*, ligando-o “à proteção da liberdade individual em sentido amplo e não ao caso restrito de não se poder ser preso e conservado em prisão por ato ilegal, sendo, porém, preciso para que se conceda a ordem de *habeas corpus* que o Tribunal conheça um constrangimento atual ou perigo iminente de constrangimento.”³¹

Dizendo ainda que a doutrina brasileira do *habeas corpus* tem origem estrangeira, de onde há especialização processual de garantias, distinguindo-se e designando-se os meios de ação conforme as violações do direito e não isentando qualquer destas de uma garantia reparadora, o voto do Min. Piza e Almeida, condutor do acórdão de 1903, sintetiza o pensamento do Supremo Tribunal Federal até 1910.

Por volta de 1904 e 1905, foram vários os *habeas corpus* contra atos de autoridades sanitárias. O Supremo Tribunal Federal, em 31/01/1905, deu provimento ao Recurso de Habeas Corpus nº 2.244, Rel. Min. Manoel Murinho, assegurando a inviolabilidade de domicílio.³²

³⁰ WALD, Arnoldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23.

³¹ *Ibidem*, p. 23.

³² <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/RecursodeHabeasCorpus2244.doc>

Ainda conforme noticiado por Arnaldo Wald, em março de 1905 o Supremo Tribunal Federal reconheceu que “Os tribunais têm afirmado o princípio de que o constrangimento à liberdade individual poderá dar-se ainda quando o cidadão não chega a sofrer o constrangimento corporal”. Com base nesse entendimento, o *habeas corpus* passou a ser utilizado para “soltar os bicheiros presos, e para manter abertos os estabelecimentos em que o jogo é praticado, como também para assegurar a liberdade de locomoção das meretrizes, impedir o exame de livros comerciais, garantir a liberdade profissional e o exercício de cargos públicos eletivos, a prática de culto espírita, o direito de reunião e ainda para reformar sentenças e permitir à mulher que acompanhe o marido, não obstante a oposição dos seus pais.”³³

A profusão de teses e finalidades atribuídas ao *habeas corpus* logo implicou movimento contrário, de resistência à ampliação da abrangência da garantia constitucional, sobrevindo novamente acórdãos sustentando a tese clássica e restritiva de que não eram todos os direitos os protegidos pelo *habeas corpus*, mas apenas a liberdade pessoal.³⁴

Ganha força a doutrina brasileira do *habeas corpus* quando, em 1909, ao julgar o HC nº 2.794, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Min. Pedro Lessa, concede a ordem pleiteada por dezesseis “indivíduos munidos de diplomas de intendentes eleitos, para que lhes seja permitido ingresso no edifício do Conselho Municipal para exercerem sem detença, estorvos ou danos, os direitos decorrentes dos seus diplomas”, firme na premissa de que “A liberdade de locomoção é um meio para a consecução de um fim, ou de uma multiplicidade infinita de fins; é um caminho em cujo termo está o exercício de outros direitos. Porque o paciente determina precisamente em vários casos o direito que não pôde exercer, não é razão jurídica para se negar o *habeas corpus*”.

Em análise acurada, o Ministro Aliomar Baleeiro chegou a afirmar que Pedro Lessa veio ao encontro de Rui Barbosa na formação da doutrina brasileira do *habeas corpus*.³⁵

³³ WALD, Arnaldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 25.

³⁴ BASTOS, José Tavares. *O habeas corpus na república*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1911, pp. 358 e ss.

³⁵ HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 78.

Em rigor, Pedro Lessa mantinha forte o laço entre o *habeas corpus* e a liberdade de locomoção, impedindo abrangê-lo exageradamente, contra todo e qualquer ato do Poder Público. A ideia-chave do pensamento de Pedro Lessa residia na compreensão da liberdade como meio para a realização de outros direitos, conforme chegou a exemplificar na obra *Do Poder Judiciário*:

Neste ponto releva espantar uma confusão em que têm incidido, até na imprensa diária, alguns espíritos que não atentam bem na função do *habeas corpus*. É esse, dizem, um remédio judicial adequado à exclusiva proteção da liberdade individual, entendida embora esta expressão — *liberdade individual* — no sentido amplo, que abrange, além da liberdade de locomoção, a de imprensa, de associação, de representação, a inviolabilidade do domicílio.

Manifesto erro! É exclusiva missão do *habeas corpus* garantir a liberdade individual na acceção restrita, a liberdade physica, a liberdade de locomoção. O único direito em favor do qual se pode invocar o *habeas corpus* é a liberdade de locomoção, e de accordo com este conceito tenho sempre julgado. Evidente engano fôra suppor que pelo *habeas corpus* se pôde sempre defender a liberdade de imprensa. Quando a imprensa é violentada porque ao redactor de um jornal, por exemplo, não se permite ir ao escriptório da folha, e lá escrever e corrigir os seus artigos, ou porque ao entregador, ou ao vendedor, se tolhe o direito de percorrer a cidade entregando, ou vendendo o jornal, não há dúvida que o caso é de *habeas corpus*. Mas este caso é de *habeas corpus*, exactamente pelo facto de ter sido violada a liberdade de locomoção. Quando a imprensa é violentada porque, por exemplo, se dá a apprehensão do material typographico, ou dos números do jornal, ou dos exemplares de um livro, por certo ninguém se lembraria de requerer uma ordem de *habeas corpus* como meio de fazer cessar a violação do direito.³⁶

Os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no período permitem afirmar a identidade entre os entendimentos da Corte e do Ministro Pedro Lessa, conforme se pode constatar dos seguintes acórdãos: HC nº 2.950, Rel. Min. Pedro Lessa, J. 15/10/1910; HC nº 3.061, Rel. Min. Canuto Saraiva, J. 27/07/1911; HC nº 3.143, Rel. Min. Canuto Saraiva, J. 27/01/1912; HC nº 3.650, Rel. Min. Pedro Mibieli, J. 04/11/1915; HC nº 3.760, Rel. Min. Leoni Ramos, J. 10/04/1915.³⁷

Mesmo com a tensão existente entre, de um lado, a necessidade de atribuir mecanismos processuais que assegurem a efetividade de direitos e, de outro lado, os rigores técnicos que impediam que todos os direitos fossem tutelados por meio de uma só garantia

³⁶ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, pp. 287/288.

³⁷ WALD, Arnaldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 28.

constitucional, o *habeas corpus*, Pedro Lessa verteu as primeiras linhas que, consagradas, perduram até hoje em texto constitucional, perfilhando a ideia de que a tutela jurisdicional eficaz e eficiente requisitariam a demonstração da certeza, da incontestabilidade e da liquidez do direito alegado.

Em sessão de julgamento de 11/12/1909 do HC no 2.794, de relatoria do Min. Godofredo Cunha, Pedro Lessa afirmou:

Desde que o juiz se convence de que, abstração feita da liberdade individual, que se cogita exatamente de garantir, a situação legal do paciente é clara e superior a qualquer dúvida razoável, ou, por outras palavras, que o paciente pretenda praticar um ato legalmente que tem um direito inquestionável de fazer o que quer, o *habeas corpus* não poderá ser negado.³⁸

Quando da relatoria do HC nº 3.476, julgado em 31/12/1913, Pedro Lessa aprimora aqueles conceitos denegando a ordem pela não demonstração de *direito líquido e certo*, talhando-a como um requisito indispensável para a concessão da ordem:

(...) sempre que o indivíduo sofrer *qualquer* coacção à sua liberdade individual (pois, o preceito constitucional não qualifica, nem restringe, nem distingue a coacção, que é destinado a impedir), assume diversa modalidade a indagação a que é obrigado o juiz: o que a este cumpre é verificar se o direito que o paciente quer exercer, e do qual a liberdade physica é uma condição necessária; um meio indispensável para se attingir o fim; um caminho cuja impraticabilidade inibe que se chegue ao termo almejado; o que cumpre verificar é se esse direito é incontestável, líquido, se o seu titular não está de qualquer modo privado de exercê-lo, embora temporariamente.³⁹

(Grifo nosso)

Abraçando o entendimento de Pedro Lessa, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões sedimentando a demonstração do direito líquido e certo como requisito para concessão da ordem, como se verificou no acórdão que julgou o HC nº 5.443, Rel. Min. Muniz Barreto, J. 22/11/1919: “não procede o pedido de *habeas corpus* quando o direito com que se apresenta o paciente não é certo, líquido, incontestável.”⁴⁰

³⁸ HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial*: Pedro Lessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, pp. 260/261.

³⁹ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, pp. 285/286.

⁴⁰ Revista Forense, vol. 39, p. 54.

A inauguração do conceito de direito líquido e certo não foi a única contribuição de Pedro Lessa para a criação do Mandado de Segurança no Direito brasileiro. A resistência por ele manifestada contra a abrangência do *habeas corpus* para a tutela indistinta dos direitos que não a liberdade de locomoção também contribuiu sobremaneira para a criação de um novo instrumento, uma nova garantia constitucional. Certa feita, em 06/05/1917, quando do julgamento do HC no 3.949, Rel. Min. Coelho e Campos, Pedro Lessa incisivamente pontuou:

Assim estatuído um processo sumário, em que se ouçam testemunhas e se colham alegações das partes interessadas na questão, poderia admitir-se entre nós o *habeas corpus* com latitude maior do que a traçada pelo direito atual. Mas, conservado o processo de *habeas corpus* qual hoje o temos — isto é, um processo em que os únicos atos facultados mas não obrigatórios e por isso frequentemente dispensados, são os esclarecimentos ou informações da autoridade coatora e o comparecimento do paciente —, nada mais inconveniente e injustificável do que dilatar o *habeas corpus* como se tem feito algumas vezes, ou aplicá-lo a casos que só podem ser legalmente resolvidos por outros meios judiciais. Essa distensão do *habeas corpus* é absurda, e fere vivamente o nosso sistema judiciário, é incompatível com os princípios fundamentais do nosso direito processual. A prova, e esta eloqüentíssima, do grave inconveniente aludido está nestes autos, em que agora se concede ordem de *habeas corpus* a um grupo de cidadãos adversários dos que alguns meses antes tinham obtido igualmente ordem de *habeas corpus* para o mesmo fim. Ou limitemos na prática o *habeas corpus* ao que ele é segundo as nossas leis e a doutrina das nações das quais o transportamos para o nosso país, ou façamos que o Poder competente legisle acerca do *habeas corpus*, dando-lhe a amplitude que alguns propugnam, para o que é indispensável um processo especial, que assegure a exibição de provas e alegações, e, o que é mais absolutamente indispensável, a citação dos interessados na questão. Por esse meio poderemos estender a função do *habeas corpus*. Sem essa reforma, e dentro da prática atual do instituto, não, absolutamente não.⁴¹

(Grifo nosso)

Em movimento diametralmente oposto ao do texto constitucional de 1891 – em cujo art. 72, § 22, previa-se a concessão do *habeas corpus* “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade de poder” –, a emenda constitucional de 1926 estreitou sensivelmente os limites do *habeas corpus* prevendo sua concessão “sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou de constrangimento ilegal em sua *liberdade de locomoção*”.

⁴¹ HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 82.

“Quando se restringiu o seu campo de aplicação”, avalia Arnaldo Wald, “o próprio Governo sentiu a necessidade de oferecer aos particulares outros meios eficazes de proteção dos seus direitos em relação aos atos da Administração Pública.”⁴²

Para Castro Nunes, foi no Congresso Jurídico de 1922, presidido pelo Ministro Muniz Barreto, que surgiu a ideia de uma garantia constitucional paralela ao *habeas corpus*.⁴³

Entretanto, foi quando da elaboração da Constituição de 1934 que João Mangabeira sugeriu à Comissão do Anteprojeto a criação de um “processo sumaríssimo, para proteção de direito incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo. Se julgasse procedente o pedido, o juiz expediria um ‘mandado de segurança’, proibindo à Administração a prática do ato ou determinando o restabelecimento da situação anterior.”⁴⁴

Ao final dos trabalhos, constou do art. 113, nº 33, da Constituição de 1934:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do 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 petitorias competentes.

Assim, diz Carlos Alberto Menezes Direito, “o mandado de segurança surgiu como síntese da interpretação construtiva dos tribunais, a partir da doutrina brasileira do *habeas corpus*, liderada por Rui Barbosa e Pedro Lessa”⁴⁵, “cobrindo a área retirada ao *habeas corpus*”⁴⁶, conforme entendimento de Arnaldo Wald e de Themístocles Brandão Cavalcanti, que, no mesmo sentido, assim sustentou:

⁴² WALD, Arnaldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 34.

⁴³ NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1949, pp. 14 e ss.

⁴⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 33.

⁴⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 4. Ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 9.

⁴⁶ WALD, Arnaldo. op. cit., p. 30.

O Mandado de Segurança, dentro destes são princípios, satisfaz, assim, a uma tendência de simplificação crescente dos meios assecuratórios dos direitos individuais.

A ação sumária especial já havia sido criada com este mesmo intuito. Os seus resultados foram deficientes, senão nulos.

(...)

A criação do mandado de segurança traduzia, por certa forma, não somente o clamor dos que percebiam a imprescindibilidade de uma medida liberal para proteção de direitos primários do indivíduo, insuficientemente protegidos pelo *habeas corpus*, mas ainda, fenômeno curioso conservador, exprimia o anseio de outros que desejavam conservar a pureza do instituto protetor da liberdade individual.

(...)

Dá a necessidade imprescindível de substituir o *habeas corpus* por um outro remédio eficaz que restituísse a esse instituto o seu caráter primitivo, e ao mesmo tempo, por outro meio, tornasse eficiente a defesa dos direitos individuais.⁴⁷

Acertadamente, Arnaldo Wald pondera que “o exame histórico da nossa jurisprudência revela que a proteção do direito *certo, líquido e incontestável*, que encontramos no *habeas corpus*, passou a estar sob a tutela no mandado de segurança” e, em rigor, “a própria Constituição definiu o mandado de segurança como remédio processual destinado a proteger direito certo e líquido não amparado pelo *habeas corpus*.”⁴⁸

Foi sob a égide da Constituição Federal de 1934 que, em 1935, sobreveio a lei nº 191, de 16 de janeiro, a primeira a regulamentar o mandado de segurança no Direito brasileiro, estabelecendo hipóteses de cabimento, o conceito de ato impugnável por meio do mandado de segurança, a legitimidade, a competência dos órgãos jurisdicionais, os pressupostos e os recursos cabíveis.⁴⁹

A Constituição de 1937 não previu o mandado de segurança como garantia constitucional, razão pela qual passou a ser regido exclusivamente por legislação ordinária.⁵⁰ A Constituição de 1946, entretanto, recuperou o status de garantia constitucional para o mandado de segurança (art. 141, § 24: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas*

⁴⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. op. cit., pp. 26/27.

⁴⁸ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 34.

⁴⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Do mandado de segurança. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 90, p. 131-176, abr./jun. 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181718>. Acesso em 21/05/2019, 19:16hs.

⁵⁰ BARBI, Celso Agrícola. op. cit., p. 34.

corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”), deixando de exigir que a ilegalidade fosse manifesta.

De acordo com Cármen Lúcia Antunes Rocha, a previsão constitucional de 1946 foi nitidamente mais abrangente do que a de 1934, “tendo por escopo a ampliação das hipóteses de cabimento do *mandamus* e a maior facilitação do seu processamento, para um maior aproveitamento desta via processual pelos indivíduos.”⁵¹

Posteriormente, a Lei nº 1.533, de 31/12/1951, foi promulgada para regulamentar o rito e o processamento do mandado de segurança.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXIX e LXX, prevê a garantia constitucional do mandado de segurança em moldes essencialmente iguais ao que já se tinha na Constituição anterior, embora com palavras ligeiramente distintas.⁵² Após, em 2009, sobreveio a Lei nº 12.016/09, incorporando ao processamento do mandado de segurança entendimentos doutrinários e jurisprudenciais apurados em décadas de prática e de estudo.

2.2. Paralelos e antecedentes em legislações estrangeiras

O estudo do mandado de segurança é comumente acompanhado de análises, ainda que breves, a respeito de legislações e práticas estrangeiras. Ainda que não constitua o objeto central do estudo, breves notas a respeito podem contribuir para a compreensão do tema.

⁵¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Do mandado de segurança. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 90, p. 131-176, abr./jun. 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181718>. Acesso em 21/05/2019, 19:16hs.

⁵² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos 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 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; LXX - o mandado de segurança coletivo 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;

Há de se ressaltar, necessariamente, assim como o fez Hector Fix Zamudio, que todo estudo entre institutos jurídicos pertencentes a ordenamentos de países diferentes traz consigo graves riscos em virtude de o exame do direito estrangeiro se fazer à distância e com uma perspectiva distinta daquela com a qual se observam as instituições nacionais. Diz o tratadista mexicano, ainda, que dois perigos muito sérios se apresentam àqueles que pretendem realizar um exame comparativo: a fácil sedução que exercem as semelhanças e as diferenças aparentes que podem ser encontradas em uma análise superficial e a vã pretensão de apontar aos juristas estrangeiros as características, perfeitamente conhecidas por eles, de suas instituições nacionais.⁵³

Ainda assim, certo de que, sob diversos aspectos, o mandado de segurança é verdadeiramente único dentre as formas de controle jurisdicional dos atos administrativos⁵⁴, é válido um breve percurso sobre os paralelos e antecedentes do mandado de segurança no direito estrangeiro.

2.2.1. “Writs” do direito anglo-saxônico

O direito anglo-saxônico é, sem dúvida, o berço dos “writs”, instrumentos jurídicos voltados à proteção dos direitos individuais, sendo desnecessário, para os fins ora almejados, volver às origens do *habeas corpus*.

Além do *habeas corpus*, na Inglaterra também foram concebidos o *mandamus*, o *injunction* e o *certiorari* — os mais relevantes, existindo também o *quo warranto* e o *prohibition* —, voltados a assegurar direitos individuais que não a liberdade.

Em tradução livre de Roland Pennock⁵⁵, a palavra “writ” remete a uma carta formal, de cunho oficial; é um documento jurídico emitido em favor de uma pessoa com o propósito de prestar jurisdição sobre ele ou sua propriedade ou forçar seu comparecimento em juízo, um comando. O *injunction* era quase sempre uma medida *preventiva*, em que o requerente

⁵³ ZAMUDIO, Hector Fix. *El juicio de amparo*. México: Porrúa, 1964, pp. 305/306. (Tradução livre)

⁵⁴ A afirmação também se encontra em: ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: RT, 1997, p. 415.

⁵⁵ PENNOCK, J. Roland. *Administration and the rule of law*. New York: Farrar And Rinehart, 1941, p. 139.

demonstra estar prestes a sofrer um dano irreparável a direito para o qual não há outro remédio adequado; o *habeas corpus* era utilizado, em direito administrativo, para casos de imigração e deportação; por regra, o *writ of certiorari* era usado para uma corte superior requerer à instância inferior a entrega dos autos de um caso específico para revisão.

Já o *mandamus* havia sido instituído para combater demissões e remoções ilegalmente praticadas pela administração, ligando-se à proteção de cargos e empregos.⁵⁶ Com esteio na doutrina de Tunc e Tunc, Alfredo Buzaid relata que o *mandamus* “constitui a ordem dada a uma Corte inferior, a um funcionário, à administração, a uma pessoa física ou moral, ou a uma coletividade, de executar um ato que lhe compete em razão de suas funções.”⁵⁷

Contrapondo o *writ of mandamus* ao *writ of injunction*, Alfredo Buzaid afirma:

O *writ of mandamus*, escreve Rabasa, serve para “impedir”, de forma proibitória, a execução do ato ou lei questionados, ao passo que o *writ of injunction* tem por escopo a “execução”, de modo explícito, de um ato ou dever pela autoridade demandada, quando a violação consiste na recusa, por parte dela, de cumprimento daquilo a que está legalmente obrigada. De modo que a *injunction* é de efeito *negativo*, pois obsta a que a autoridade viole a lei por ação; o *mandamus* é de resultado *positivo*, já que compele a autoridade a cumprir uma obrigação e não violar a lei por omissão.⁵⁸

Assim como se deu no Brasil com a ampliação do uso do *habeas corpus*, a liberdade no uso das garantias na Inglaterra, principalmente do *injunction*, criou “grandes dissabores”⁵⁹ e a prática judiciária lhe impôs restrições.

A solução, em termos práticos, passou pelas regras da *tipicidade* e da *subsidiariedade*, de modo que a garantia constitucional não toleraria ser abrangida e não seria cabível quando houvesse outro instrumento jurídico hábil à tutela do direito.⁶⁰

⁵⁶ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. Ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, p. 8.

⁵⁷ BUZOID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, vol. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 40.

⁵⁸ Ibidem, pp. 37/38.

⁵⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. op. cit., p. 9.

⁶⁰ Ibidem, pp. 10/11.

2.2.2. Juízo de Amparo do direito mexicano

Em que pese Alfredo Buzaid relatar a intensa discussão havida a respeito das primeiras intuições que levaram à positivação do *juicio de amparo*⁶¹, que é tido como um dos paralelos mais próximos ao mandado de segurança, é certo que o *juicio de amparo* do direito mexicano aparece, pela primeira vez, na Constituição de 1857 e se apresenta como “uma ação ajuizada pelo particular, na qual pleiteia perante a justiça a proteção contra ato de autoridade eivado de inconstitucionalidade”⁶².

Assim como ocorreu com o *habeas corpus* no Brasil e com os *writs* da Inglaterra, a tendência no México foi de abrangência sem critérios do alcance do Juízo de Amparo, o que acabou sofrendo resistência por parte dos tribunais. Conforme relatado por Themístocles Brandão Cavalcanti, “[o] juízo de amparo no México foi tomando uma forma cada vez mais absorvente, transformando-se em um meio único para a proteção de todos os direitos, e isto como manifesto prejuízo de seu sentido primitivo que visava o amparo, a proteção rápida e eficaz dos direitos reais essenciais”⁶³.

Em acurado estudo comparativo entre o *juicio de amparo* mexicano e o mandado de segurança brasileiro, Hector Fix Zamudio salienta a complexidade que aquele alcançou, ainda que por detrás de uma estrutura aparentemente unitária, levando-o a esta comparação:

Podemos equipararlo a un edificio que ostentando una fachada venerable, encubre habitaciones con estilos heterogéneos, que se han ido construyendo según necesidades posteriores que no fueron previstas por sus fundadores, no obstante lo cual, forman una unidade arquitectónica, de manera que únicamente aquel que puede penetrar al interior se percata de la variedad de estructuras, que no son visibles desde afuera.⁶⁴

⁶¹ BUZOID, Alfredo. "Juicio de amparo" e mandado de segurança. (Contrastes e confrontos). In: *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 56(1), pp. 172-231. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66387/68997>. Acesso em 31/05/2019, 19:02hs.

⁶² BUZOID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, vol. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48.

⁶³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. Ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, p. 16.

⁶⁴ ZAMUDIO, Hector Fix. *El juicio de amparo*. México: Ed. Porrúa, 1964, p. 307.

As utilidades do *juicio de amparo* mexicano seriam agrupáveis em quatro gêneros, de acordo com Hector Fix Zamudio: (i) a função primordial do amparo seria a de instrumento protetor dos direitos fundamentais da pessoa humana, seguida de (ii) garantia jurisdicional contra leis inconstitucionais, (iii) recurso de cassação, tutelando a legalidade das decisões judiciais, e, mais recentemente, reconheceu-se uma quarta utilidade autônoma, (iv) a de defesa dos particulares frente à administração.⁶⁵

Atendo-nos à classificação de Hector Fix Zamudio, aos quatro grandes grupos acima citados, é possível confirmar o acerto da ressalva feita pelo autor mexicano a respeito dos perigos da comparação feita entre ordenamentos jurídicos distintos.

Basta verificar, por exemplo, que até mesmo Themístocles Brandão Cavalcanti chegou a sugerir que com a Constituição mexicana de 1917 o Juízo de Amparo teria ficado restrito (i) à proteção de direitos individuais contra violação pelo Poder Público e (ii) à garantia de poderes federais contra excessos cometidos por autoridades locais.⁶⁶ “Restrito assim à liberdade individual e aos direitos constitucionalmente assegurados, o Amparo, do direito mexicano, pode ser equiparado aos remédios específicos hoje existentes na maioria dos países para proteção eficaz de certos direitos fundamentais.”⁶⁷

Ao final, citando doutrina de Antonio Carrillo Flores⁶⁸, Themístocles Brandão Cavalcanti elenca alguns dos caracteres principais do *juicio de amparo* do direito mexicano, conforme a lei de amparo de 1936 e os arts. 103 e 107 da Constituição de 1917: (i) cabimento restrito quando o ato produzir efeitos concretos, diretos e imediatos, (ii) não cabe em atos de gestão comercial, mas apenas quando o ato fulminado configura ato de império, (iii) crescente aceitação da presença, no processo, da autoridade coatora, (iv) admissão da intervenção de terceiros, (v) a jurisprudência tendia a atribuir o ônus da prova à autoridade, eximindo o requerente, (vi) a suspensão do ato estava condicionada “não somente ao interesse público, mas

⁶⁵ Ibidem, pp. 307/308.

⁶⁶ Art. 103 da Constituição mexicana de 1917.

⁶⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. Ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, pp. 15/16.

⁶⁸ CARRILLO FLORES, Antonio. *Defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*. México: Porrúa, 1939, p. 279.

também à natureza do recurso administrativo” e (vii) jurisprudência vacilante quanto aos efeitos da decisão.⁶⁹

No comparativo realizado, todavia, Hector Fix Zamudio nos indica um cenário significativamente mais rico e complexo ao esclarecer que (i) na função primeira do *juicio de amparo*, de tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana, engloba-se o papel desempenhado pelo *habeas corpus* no direito brasileiro⁷⁰; (ii) na modalidade mais “estritamente constitucional” do amparo, ter-se-ia a garantia jurisdicional contra leis inconstitucionais, um transplante de um dos mais importantes aspectos do *judicial review* dos Estados Unidos, que no começo era mais semelhante ao mandado de segurança brasileiro, mas a lei que passou a reger o *juicio de amparo* em 1935 passou a admiti-lo contra lei em tese — ao contrário do que se alcança por meio do mandado de segurança no direito brasileiro —; (iii) uma das funções mais peculiares do amparo mexicano — distanciando-se do mandado de segurança brasileiro — consiste na tutela da legalidade das decisões judiciais, em estreita relação com o recurso de cassação, motivo pelo qual a doutrina se referia a ele como “amparo-cassação”, podendo ter como objeto tanto *errores in procedendo* quanto *errores in iudicando* e (iv) quanto ao *amparo administrativo*, assume duas facetas: substitutivo do contencioso administrativo ao contrastar atos e decisões administrativas que afetem direitos dos particulares e de verdadeira *cassação administrativa* ao ter por objeto as sentenças do *Tribunal de la Federación*, um recurso similar à cassação judicial civil, penal e trabalhista.⁷¹

2.2.3. “El Amparo de las garantías individuales” da constituição espanhola de 1931

O art. 105 da primeira constituição republicana espanhola, de 1931, previa a criação e a organização de tribunais de urgência para a efetivação do direito ao amparo das garantias individuais.⁷²

⁶⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. Ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, p. 17.

⁷⁰ ZAMUDIO, Hector Fix. *El juicio de amparo*. México: Ed. Porrúa, 1964, p. 312.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 308/328.

⁷² “*La ley organizará tribunales de urgência para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales.*”

Dada sua composição especial, com membros eleitos de acordo com legislação específica, os tribunais de urgência constituíam “verdadeira justiça de exceção à margem do Poder Judiciário. Não se integrava, portanto, o recurso de amparo, como em nosso regime, dentro do sistema processual ordinário.”⁷³

Citando Nicola Serrano e Jimenez de Asúa, Themístocles Brandão Cavalcanti conclui que “o Amparo criado pela Constituição Espanhola não o foi com a precisão desejada”, de modo que “sua aplicação com maior ou menor amplitude depende fundamentalmente do Poder Judiciário”⁷⁴.

A definição do Amparo espanhol, de acordo com tradução livre de Rodolfo Reyes, perpassa pela defesa constitucional direta contra violação arbitrária de garantias constitucionais por parte de autoridade, em caso concreto para o qual não haja outro meio ordinário e eficaz de tutela, que possa deter a consumação irreparável da violação.⁷⁵

2.2.4. A proteção dos direitos individuais e a Alta Corte de Justiça Constitucional na Áustria

A Constituição austríaca de 1920, com a reforma que lhe foi imposta em 1925, criou uma Alta Corte Constitucional para julgar constitucionalidade de leis e regulamentos.

Ao lado do processo voltado à apreciação da validade das leis e regulamentos, criou-se também um recurso contra decisões administrativas para o amparo de direito constitucionalmente violados.

A jurisprudência conferiu grande amplitude a esses direitos, abrangendo não apenas a tutela da igualdade, mas também a propriedade, liberdade, inviolabilidade de domicílio, culto, ensino e outros.

⁷³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. Ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, pp. 18/19.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 20.

⁷⁵ REYES, Rodolfo. *La defensa constitucional. Recursos de inconstitucionalidad y amparo*. Madrid: Espasa-Calpe, 1934, p. 232.

O rito processual era sumaríssimo e a decisão poderia ensejar a suspensão dos efeitos e a anulação do ato impugnado. Todavia, não era o bastante demonstrar a ilegalidade do ato administrativo, era imperiosa a comprovação de sua inconstitucionalidade.⁷⁶

2.2.5. Síntese conclusiva

A partir o apertado resumo feito sobre os instrumentos encontrado no direito estrangeiro comumente confrontados com o mandado de segurança, confirma-se a dificuldade, se não a *impossibilidade*, de apontar relações mais fortes ou próximas entre eles. Podem e devem ser estudados, mas sempre separadamente, cada qual em seu contexto próprio, sem se deixar levar pela tentação de encontrar laços de identidade ou pontos de contato de ocasião.

Assim se buscará empreender adiante, observando a Constituição Federal brasileira e a legislação aqui vigente, evitando contaminação do raciocínio por concepções estranhas ao ordenamento jurídico local ou conclusões preconcebidas que não se legitimam à luz do modelo constitucional do mandado de segurança.

⁷⁶ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. Ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, p. 23.

3. PREMISSAS HERMENÊUTICAS E METODOLÓGICAS

Durante todo o estudo algumas premissas serão respeitadas e terão papel decisivo para as linhas conclusivas. Como já mencionado quando da Introdução, inúmeros equívocos são cometidos quando um enunciado normativo, seja qual for sua espécie, é aplicado sem a necessária observância dos contextos fático e jurídico de sua origem, bem como o propósito de sua criação.

É exatamente para que não se incorra nesse equívoco de interpretação dos enunciados sumulares alheia ao berço jurídico da matéria — a Constituição Federal— e para que não se extrapolem balizas constitucionalmente impostas à aplicação do Direito brasileiro, serão explicitadas premissas hermenêuticas e metodológicas admitidas como essenciais, ainda que, em certa maneira, sejam implicações naturais e necessárias das normas constitucionais.

A intenção, vale insistir, é que o estudo não dependa e não seja comprometido por presunções, ainda que certas, de que esta ou aquela norma foi aplicada, tampouco que haja dúvida se o raciocínio considerou que determinado comando constitucional tem este ou aquele significado, extensão ou profundidade. Por isso, de início serão postas algumas das pedras angulares deste estudo.

3.1. Primeira premissa: *o Estado de Direito*

A primeira premissa do estudo é verdadeira pedra-de-toque do sistema: *o Estado de Direito*, cujos traços característicos são: (i) *submissão do Estado à legislação*, sendo a lei ato do Poder Legislativo, composto por representantes do povo, (ii) *tripartição do poder do Estado*, com funcionamento independente e harmônico, (iii) *enunciado e garantia dos direitos individuais*.⁷⁷

Disso já se tem por obrigatórias as afirmações de que o Direito existe para limitar e dirigir o funcionamento do Estado, em suas três funções, que fica rigorosamente subordinado

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40 Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 114/115.

aos desígnios manifestados em lei pelos representantes do Povo, conferindo a esses *direitos e garantias constitucionais*.

Mais do que a concepção original do Estado de Direito⁷⁸, o preâmbulo e o art. 1º da Constituição Federal reiteradas vezes remetem à ideia de um Estado não apenas subordinado ao Direito, mas um Estado Democrático de Direito:

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, *promulgamos*, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

(Grifos nossos)

A atenção especial ao Estado *Democrático* de Direito é merecida porquanto, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o princípio de limitação do poder (...) está presente quando ainda o princípio democrático está ausente. E quando este se consagra é em estreita ligação com o de limitação do poder que se afirma”⁷⁹.

⁷⁸ Ibidem, p. 115: “A ponderação é necessária porquanto, nas palavras de José Afonso da Silva, “Houve, porém, concepções deformadoras do conceito de Estado de Direito, pois é perceptível que seu significado depende da própria ideia que se tem do Direito. Por isso, cabe razão a Carl Schmitt quando assinala que a expressão ‘Estado de Direito’ pode ter tantos significados distintos como a própria palavra ‘Direito’ e designar tantas organizações quanto as que se aplica a palavra ‘Estado’.”

⁷⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 309.

As demais premissas, embora sejam consectários da primeira, merecem enunciação expressa e independente, dados o conteúdo e a relevância independentes que assumem no contexto jurídico e no presente trabalho.

3.2. Segunda premissa: princípio da legalidade

A *segunda premissa* assumida é o *princípio da legalidade* em suas duas facetas, tanto à voltada para a liberdade dos cidadãos (art. 5º, II, da Constituição Federal⁸⁰) quanto à que rege a Administração Pública (art. 37, *caput*⁸¹, e art. 84, IV⁸², da Constituição Federal).

Na primeira acepção, o princípio da legalidade assume como referência o cidadão, assegurando-lhe o direito à liberdade que terá restrição apenas *se e na medida em que* a lei — entendida como fruto do devido processo legislativo e, portanto, da vontade do Povo manifestada por meio de seus representantes democraticamente eleitos — assim o determinar ou autorizar.

Sob tal prisma, Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona que o princípio da legalidade “se liga ao conceito manifesto na Declaração de 1789. Só a lei pode criar obrigação para o indivíduo, porque ela é apenas expressão da vontade geral”, reforçando que “O princípio da legalidade onde só é lei o ato aprovado pelo Parlamento, representante do povo, exprime a democracia, na medida em que subordina o comportamento individual apenas e tão somente à vontade manifestada pelos órgãos de representação popular.”⁸³

Para o cidadão, portanto, o princípio da legalidade consiste na norma de que “todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entenderem, salvo quando a lei determine em

⁸⁰ CF, art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁸¹ CF, art. 37, *caput*: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade*, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”

⁸² CF, art. 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”

⁸³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 314.

contrário”⁸⁴, conforme palavras de José Afonso da Silva, que reafirma a ideia sustentada há décadas por Pimenta Bueno:

A liberdade não é pois exceção, é sim a regra geral, o princípio absoluto, o direito positivo; a proibição, a restrição, isso sim é que são as exceções, e que por isso mesmo precisam ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por modo duvidoso, sim formal, positivo; tudo o mais é sofisma.

Em dúvida, prevalece a liberdade, porque é o direito, que não se restringe por suposições ou arbítrio, que vigora, porque é *facultas ejus, quod facere licet, nisi quid jure prohibet*.⁸⁵⁻⁸⁶

Na segunda acepção, o princípio da legalidade tem como referência o Estado, no texto Constitucional (art. 37, *caput*) representado pela Administração Pública. Sendo certo que “Administração, segundo nosso modo de ver, é a atividade do que não é proprietário – do que não nem a disposição da coisa ou do negócio administrado”⁸⁷, “nenhum ato administrativo pode violar a lei e nenhum ato administrativo que imponha encargos pode ser praticado sem fundamento legal.”⁸⁸

O *caput* do art. 37 da Constituição Federal nada mais faz do que sujeitar o administrador, o encarregado de gerir aquilo que não é seu, a agir de acordo com as regras impostas pelo real proprietário dos bens administrados: o Povo. A liberdade é do Povo (art. 5º, II), ao passo que a obrigação e as amarras recaem sobre o Poder Público, sempre em estritas conformidade e obediência às leis (arts. 37, *caput* e 84, IV, da Constituição Federal).⁸⁹

Daí dizer Celso Antônio Bandeira de Mello que “O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”, distinguindo

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 84.

⁸⁵ BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Brasília, Ministério da Justiça e Senado Federal/UnB. Brasília, 1955 e 1978, pp. 382/383.

⁸⁶ No mesmo sentido, Fritz Fleiner: “No Estado de Direito, a presunção é pela liberdade dos cidadãos contra a coação estatal”. *Apud*: LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 556.

⁸⁷ LIMA, Ruy Cirne. *op. cit.*, p. 41.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 46.

⁸⁹ “Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 101.)

clara e notoriamente do aspecto que o mesmo princípio constitucional impõe ao administrador público: “Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize”⁹⁰. E a conclusão acima conta com o exposto consentimento de Joaquim José Gomes Canotilho, que, em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, afirma:

O princípio da legalidade (...) será aqui entendido no sentido que actualmente dá a doutrina a tal princípio. Isto significa que a administração está vinculada à lei não apenas num *sentido negativo* (a administração pode fazer não apenas aquilo que a lei expressamente autorize, mas tudo aquilo que a lei não proíbe), mas num *sentido positivo*, pois a administração só pode actuar com base na lei, não havendo qualquer espaço livre da lei onde a administração possa actuar como um poder jurídico livre.⁹¹

É importante, ainda, frisar uma função primordial do *princípio da legalidade*, notadamente a sua contribuição como vetor para a isonomia, na medida em que a norma legal assegura o mesmo direito a todos os cidadãos que se encontrem em situação equiparável e, para a Administração, cria o dever correlato que é o de tratar igualmente a todos, nos termos da lei. A legalidade previne iniquidades e arbitrariedades.

3.3. Terceira premissa: isonomia

O princípio constitucional da isonomia há de servir como viga mestra do estudo, conforme se buscará evidenciar. Não apenas porque se trata de um imperativo constitucional, também porque é um imperativo *lógico*, no sentido de que é instrumento hábil a identificar a validade de determinados raciocínios ou de eliminar hipóteses que se apresentem, a isonomia é um elemento primordial a ser aplicado ao longo de todo o estudo.

⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 105.

⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 833.

Consagrado no preâmbulo⁹² da Constituição Federal e no *caput* do art. 5º⁹³, o princípio constitucional da igualdade tem dois destinatários distintos: o legislador e o intérprete do Direito, conforme palavras de Canotilho:

A afirmação – “todos os cidadãos são iguais perante a lei” – significava, tradicionalmente, a *exigência de igualdade na aplicação do direito*. (...) Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos.⁹⁴⁻⁹⁵

Normatizando a atuação do legislador, o princípio da isonomia proscreve leis que estabeleçam distinções injustificadas, de tal modo que “para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos”⁹⁶; regulando a interpretação das normas, elimina possíveis interpretações que levem a desigualdades sem respaldo na razoabilidade e na proporcionalidade. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Como limitação ao legislador, [o princípio da isonomia] proíbe-o de editar regras que estabeleçam privilégios” e complementa: “É também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma.”⁹⁷

⁹² “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade e a justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

⁹³ “Art. 5º *Todos são iguais perante a lei*, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 426.

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 9: “O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas”.

⁹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 427.

⁹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 312.

Em breve passagem, Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza bastante bem o princípio da isonomia ao afirmar que “ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito diferir disciplinas diversas para situações equivalentes”⁹⁸, complementando:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações, arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.⁹⁹

(Grifo nosso)

A compreensão dessa faceta do princípio da igualdade é de extrema serventia ao presente estudo, vez que revela a inadmissibilidade jurídica de hipóteses interpretativas de um texto normativo: se uma possibilidade de interpretação se mostra causadora de distinção injustificada entre pessoas ou situações equivalentes, haverá de ser rejeitada ou preterida em favor de outra.

Para o que interessa a este tópico (ainda) introdutório, a correta compreensão do mecanismo investigativo das desequiparações lícitas e ilícitas pode e deve ser aprendida a partir das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.¹⁰⁰

Joaquim José Gomes Canotilho, em passagem de extremas clareza e felicidade, traduz a questão da igualdade justa — do juízo de valor a respeito das distinções admissíveis e inadmissíveis — da seguinte maneira:

⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 10.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 18.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 21/22.

A fórmula “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente” não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). *A questão da igualdade justa pode colocar-se nestes termos: o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade?*

Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à *proibição geral do arbítrio*: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: *o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária.*¹⁰¹

Após suscitar que o problema, na prática, passa a ser a identificação do que pode ser visto como arbitrário, Canotilho tangencia o fundamento (ou critério) material objetivo do princípio da igualdade, assim sintetizado: “existe violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”¹⁰², aludindo ao Acórdão 39/88 do Tribunal Constitucional, em que se lê:

O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. *Proíbe*, isso sim, o arbítrio; ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas (...).¹⁰³

Os aspectos acima delineados revelam o suficiente desta relevantíssima premissa do estudo, de modo que outras peculiaridades, assim como outros efeitos de sua aplicação prática cujo enfrentamento se mostre necessário, terá lugar futuramente, no local próprio, permitindo a aproximação desta norma com o problema oportunamente enfrentado.

Para o que aqui importa, basta evidenciar que a aplicação concreta e sistemática, sempre em respeito à Constituição Federal, servirá de parâmetro, como verdadeira *regra do*

¹⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 428.

¹⁰² *Ibidem*, p. 428.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 429.

jogo — conforme paralelo traçado por Gregorio Robles¹⁰⁴ — para a escolha entre as hipóteses interpretativas admissíveis e inadmissíveis, prosseguindo com as primeiras e descartando, justificadamente, as últimas.

3.4. Quarta premissa: direitos e garantias fundamentais

Outra premissa necessária à compreensão do trabalho é de que o desenvolvimento se dá a propósito de *direitos e garantias fundamentais* e a interpretação há de se dar sempre sob tal pano de fundo.

Recorrendo a José Afonso da Silva, temos que a expressão *direitos fundamentais do homem*, a que alude o Título II da Constituição Federal, refere-se àquelas prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza em “garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”¹⁰⁵.

Ainda que sempre marcados pela historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, podemos admitir a distinção entre *direitos do homem* — “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)” — e *direitos fundamentais* — “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 24: “O jogo é o resultado de uma convenção. Só ‘existe’ porque em um determinado dia, determinados homens entraram em acordo sobre como deveriam se comportar se quisessem jogar um determinado jogo. A este acordo chamaremos de *convenção*. Pode ser definida da seguinte forma: uma convenção é um acordo entre dois ou mais homens em virtude do qual, a partir de determinado momento, algo é ou deverá ser de determinada maneira. (...) O Direito é igualmente resultado da convenção. Isto não significa que surja como produto de um acordo faticamente realizado entre homens. O caráter convencional do Direito indica que é produto da vontade dos homens, que tem uma origem artificial e que, por conseguinte, não deriva da natureza das coisas.”

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40 Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 180.

¹⁰⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.

Insuficiente a mera declaração de direitos, em razão do inquestionável risco de serem ignorados no plano prático — leia-se: *inefícazes* —, a Constituição Federal elenca, ao par dos direitos fundamentais, as chamadas *garantias*.

Conforme esclarece Canotilho, “as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes nelas se salientasse o *carácter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade”¹⁰⁷, entendimento também defendido por José Afonso da Silva, com esteio nas lições de Maurice Hariou e Rui Barbosa:

A afirmação dos direitos fundamentais do homem no Direito Constitucional positivo reveste-se de transcendental importância, mas, como notara Maurice Hariou, não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado. Rui Barbosa já dizia que uma coisa são os direitos, outras as *garantias*, pois devemos separar, “no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”.¹⁰⁸

(Grifos nossos)

Alfredo Buzaid, tratando de direitos e de garantias, afirma que “[a]queles foram elevados à eminência constitucional; mas aos direitos deve corresponder a tutela, e o grau de sua reação há de medir-se pela intensidade da ofensa. O Estado, se quer cumprir a sua finalidade, precisa subministrar recursos idôneos para conseguir a mais completa proteção dos direitos individuais.”¹⁰⁹

Conforme ensinamento de Eduardo J. Couture, todo sujeito de direito tem, como tal, junto dos direitos materiais, o poder jurídico de recorrer ao Poder Judiciário; denominamos

¹⁰⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396.

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40 Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 188.

¹⁰⁹ BUZOID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, vol. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 17/18.

ação este poder jurídico.¹¹⁰ As garantias constitucionais não são senão instrumentos concretos e específicos, previstos na Constituição Federal, para o exercício do direito de ação e da tutela dos direitos fundamentais.

É no rol das *garantias constitucionais* que estão assegurados a todos os cidadãos, no art. 5º da Constituição Federal, dentre outros, o mandado de segurança (incisos LXIX¹¹¹ e LXX¹¹²), que será posteriormente esmiuçado ao longo do estudo, e a proteção judiciária (inc. XXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

3.5. Quinta premissa: eficiência processual em toda a atuação do Estado

Ainda em consequência de normas constitucionais, assumem-se como premissas relevantíssimas os princípios constitucionais da eficiência, da economia, da razoabilidade e da proporcionalidade. Todos eles poderiam ser objeto de exame em separado — e, dada a relevância de cada um, *mereceriam* tal tratamento —. No entanto, dado não serem o objeto final do estudo e considerando a conexão próxima que assumem, serão trazidos conjuntamente.

Sobejam motivos para afirmar que a raiz filosófica e a finalidade das normas do art. 5º, LXXVIII¹¹³, da Constituição Federal e a do *caput* do art. 37¹¹⁴, que, ao tratar da Administração Pública, encarta o princípio da eficiência, são faces da mesma moeda, são aplicações práticas distintas do mesmo princípio.

A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, ao incluir a eficiência no rol de princípios regentes da Administração Pública, trouxe para o campo jurídico um conceito *econômico*, que,

¹¹⁰ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 2. Ed. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951, p. 22.

¹¹¹ LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

¹¹² LXX - o mandado de segurança coletivo 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;

¹¹³ LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹¹⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

em linhas gerais, veicula a ideia de máxima obtenção de resultados com o menor dispêndio de recursos, com a prática do menor número de atos, incorrendo no menor custo possível, conforme bem destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Recém-introduzido, em 1998, no texto da Constituição e acrescentado ao rol de princípios explícitos enumerados no art. 37, *caput*, este *princípio* substantivo resultou de duas linhas de desenvolvimento.

De um lado, o conceito de *eficiência* foi elaborado fora da Ciência do Direito, a partir da Revolução Industrial, ocasião em que começou a ser definido como *a relação entre um produto útil e aquele teoricamente possível com os meios empregados*, daí passando à Economia, onde se aproximou e até certo ponto se confundiu com o conceito de *produtividade*, ou seja, *uma relação mensurável ou estimável entre produto e insumos*, daí passando à administração privada e à pública.

De outro lado, destaca-se a sua *origem em estudos jurídicos doutrinários* de vanguarda, desenvolvidos desde meados do século XX por juristas do porte e Raffaele Resta e de Guido Falzone, no sentido de superar o conceito de *poder-dever de administrar*, como afirmado pela administração burocrática, empenhada apenas em lograr a *eficácia*, para estabelecer, como um passo adiante, o *dever da boa administração*, passado a ser respaldado pelas novas *concepções gerenciais*, voltadas à busca da *eficiência* na ação administrativa pública.¹¹⁵

Em seguida, afirma o citado autor, após o reconhecimento de que não basta apenas praticar atos que, em tese, esteja apto a produzir efeitos dele esperados, tendo em consideração o conceito de eficácia, “[e]xigiu-se mais: que esses atos fossem praticados com tais *qualidades intrínsecas de excelência*, de modo a possibilitarem o *melhor atendimento possível das finalidades* para ele previstas em lei”¹¹⁶, concluindo de maneira que merece ser enfatizada e repetida:

Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da festão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrado com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.¹¹⁷⁻¹¹⁸

¹¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 115.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 115.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 116.

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 342: “Princípio da eficiência. ‘Eficiência’ não é um conceito jurídico, mas econômico; não

O conteúdo do princípio da eficiência, sob o prisma da função executiva do Estado, está claro e evidente. Resta perscrutar *se e em que medida* esta norma corresponde à do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Por exercerem funções estatais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário exercem suas atividades, indistintamente, mediante *processo*, conforme indicações claras e expressas da Constituição Federal, a exemplo o que se obtém a partir do art. 5º, LV, LXXII, *b*, e LXXVIII, do art. 37, XXI, do art. 41, § 1º, II e do art. 59, dentre outros. Nesse sentido, inclusive, é o que sustenta Cassio Scarpinella Bueno:

Ao contrário do que muitas vezes se sustenta, o *processo* não é exclusivo do direito processual civil (ou, no máximo, do processo penal ou do processo trabalhista). O *processo* não é fenômeno exclusivo do exercício da Jurisdição, assim compreendida a atuação do Poder Judiciário, a atuação do Estado-juiz. Aceitando as considerações anteriores, o *processo* é característico da atuação do Estado como um todo no sentido de que todas as suas funções devem ser exercidas e só se legitimam se exercidas *processualmente*. Também o “Estado-legislador” (Poder Legislativo) e o “Estado-administração” (Poder Executivo) atuam *processualmente*.

Assim, tanto o Poder Judiciário emite seus atos (sentenças) mediante *processo*, como o Poder Legislativo emite seus atos (as leis) mediante *processo*. A Administração Pública não é alheia ou arredia a este *atuar regado*, este atuar *processualizado*. Ela também deve expedir seus atos, os “atos administrativos”, mediante *processo*.

Tanto assim que a Constituição Federal, no âmbito do Poder Legislativo”, expressamente regula o *processo legislativo* (art. 59 a 69), e, ao disciplinar o “Poder Executivo”, isto é, a Administração Pública, cria condições mais do que suficientes para a construção de uma teoria sobre o processo administrativo, a partir dos princípios regentes da atuação administrativa (art. 37, *caput*) que deve considerar determinados processos referidos pela própria Constituição Federal, como, para exemplificar, o *concurso público* para contratação dos servidores públicos (art. 37, XXI), e o “processo *sancionatório*” a que faz expressa menção o art. 41, § 1º, II. Até mesmo as regras diferenciadas para contratação e licitação das empresas estatais

qualifica normas, qualifica atividades. Em uma ideia muito geral, ‘eficiência’ significa fazer acontecer com racionalidade – o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido no art. 37 da CF pela Emenda Constitucional 19/1998, orienta a atividade administrativa no sentido de *conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo*. Rege-se, pois, pela *regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível*. Portanto, o *princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação ‘meios e resultados’.*” (Grifo nosso)

exploradoras de atividade econômica têm fundamento constitucional expresso, como se pode ver do art. 173, § 1º, II.¹¹⁹

Bem compreendida a questão, tem-se que é por meio dos processos que o Estado, seja em qual função for, legítima a atuação perante a sociedade, pois é no processo que são replicadas as circunstâncias de fato e de Direito a serem consideradas no momento de decidir, tal qual um microcosmo do momento vivenciado por aquele que decide no momento do ato.

Como quer Carlos Ari Sunfeld, “[o] processo infunde ao ato racionalidade, imparcialidade, equilíbrio; evita que o agente o transforme em expressão de sua personalidade”¹²⁰, de modo que “[a]s várias etapas do processo – propiciando melhor conhecimento e comprovação dos fatos, maior discussão, mais ampla reflexão – fazem menos provável a violação da ordem jurídica”¹²¹. A tal aspecto se há de acrescentar que a formalização do processo permite ainda o exercício de diversas formas de controle sobre a atuação Estatal, do que decorrem os sentidos de justiça e legitimidade inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Atualmente, conforme esclarece Cassio Scarpinella Bueno ao tratar do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, não cabe duvidar que esse inciso explicita o *princípio da eficiência processual*, demonstrando que, substancialmente, sua aplicação faz incidir, sobre o Poder Judiciário, normas bastante similares das que incidem sobre o Poder Executivo por força do art. 37 da Constituição Federal.

Para o citado autor, o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, cujo comando é reforçado pelo art. 4º do Código de Processo Civil, deve ser interpretado no sentido de “*otimização* da prestação da tutela jurisdicional e, portanto, de *eficiência*, vale dizer, da obtenção do maior número de resultados com o menor número possível de atos processuais”:

Aqui, cabe enfatizar, em caráter de absoluta essencialidade, a compreensão de que o precitado dispositivo constitucional não busca um processo *rápido* no sentido de que somente o *tempo* (o menor) de sua duração, independentemente

¹¹⁹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1: teoria geral do direito processual civil. 9. Ed. Saraiva, 2018, pp. 309/310.

¹²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93.

¹²¹ *Ibidem*, p. 94.

de quaisquer outros fatores é relevante. A questão merece ser tratada, muito mais, em tons de *otimização* da prestação da tutela jurisdicional e, portanto, de *eficiência*, vale dizer, da obtenção do maior número de resultados com o menor número possível de atos processuais. Não há como descurar, contudo, do “modelo constitucional” e do *tempo* que ele, como forma de viabilizar *também* as garantias ao réu, consome.¹²²

É de se notar que o aspecto econômico do princípio da eficiência, bastante perceptível em matéria de contratações públicas e de serviços públicos, tende a irrigar também, e com profundidade, todos os processos estatais, sejam legislativos, judiciais ou administrativos. Tanto assim que Ruy Cirne Lima, recorrendo a Norbert Achterberg, afirmou: “dos procedimentos administrativos espera-se essa mesma eficiência que a Administração, enquanto prestadora de serviços e de utilidades, deve manifestar”.¹²³ Portanto, não apenas os serviços públicos hão de ser prestados de forma eficiente; os *processos e procedimentos estatais, genericamente considerados, devem ser pautados pelo mesmo princípio*.

Enfatizando o aspecto da economia de *tempo*, que é um recurso também a ser poupado nas ações estatais em qualquer de suas funções, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam: “A EC 45/04 acrescentou ao rol dos direitos fundamentais da CF 5.º o inciso LXXVIII: ‘A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’. Adotou-se, expressamente, no direito constitucional brasileiro o princípio da duração razoável do processo – judicial e administrativo – e celeridade de sua tramitação.”¹²⁴ E prosseguem os autores:

*O tempo no processo assume importância vital nos dias de hoje. (...) Se, numa demonstração de retórica jurídica, se podia dizer que ‘no processo o tempo é algo mais do que ouro: é justiça’ (Couture. Proyecto, Exposição de Motivos, Capítulo II, § 1º, n. 10, p. 37), com muito mais razão se pode afirmar que a justiça tem de ser feita da forma mais rápida possível, sempre observados os preceitos constitucionais que devem ser agregados ao princípio da celeridade e razoável duração do processo, como o devido processo legal, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural (administrativo e judicial) etc.*¹²⁵⁻

¹²⁶

¹²² SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil*. 2. Ed. Saraiva, 2016, p. 92.

¹²³ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 564.

¹²⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. 17. Ed. São Paulo: RT, 2018, p. 217.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 219.

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 20: “Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar

Reputamos acertadíssima a síntese realizada por Vitor Fonsêca, segundo a qual “[n]uma visão constitucional do processo, parcela da doutrina enxerga fundamento normativo no art. 4º para se falar em ‘princípio da eficiência processual’¹²⁷, afirmando, ato contínuo, que “o art. 4º, em consonância com o art. 5º, LXXVIII, da CF, seria um reflexo na administração da justiça daquela mesma ‘eficiência’ exigida da atividade administrativa (art. 37, *caput*, da CF)”¹²⁸ e, por isso, pontua firmemente:

A partir dessa ideia, o Poder Judiciário deve racionalizar, otimizar e tornar mais eficiente a atividade jurisdicional. A eficiência processual parece, na verdade, um meio para se atingir a finalidade do prazo razoável no processo. O juiz deve buscar sempre otimizar as técnicas processuais (meio) com o objetivo de solucionar o mérito em prazo razoável (fim). Verifica-se, porém, que o art. 8º do novo Código exige expressamente essa “eficiência” do juiz e pode servir como fundamento normativo ainda melhor do que o art. 4º na gestão judicial do tempo do processo.¹²⁹

(Grifos nossos)

De certa forma, o *princípio da eficiência* pode ser admitido como uma das interpretações, notadamente de viés *econômico*, do que já se tinha consagrado no Direito sob as vestes dos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*. A relação aqui defendida já se encontrava, por exemplo, na doutrina de Lúcia Valle Figueiredo, para quem “a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência.”¹³⁰

Para que bem se possa compreender como os princípios da eficiência e da proporcionalidade integram o mesmo microssistema, para não dizer que são visões distintas da

dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga (...) podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente mais fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.”

¹²⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio (Coord.). *Comentários ao código de processo civil*, 1: arts. 1º a 317 – parte geral. Saraiva, 2017, pp. 93/94.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 93/94.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 93/94.

¹³⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50.

mesma peça, recorremos a dizeres de Paulo Bonavides a respeito do conteúdo jurídico do princípio da proporcionalidade:

Constatou a doutrina a existência de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade.

Desses elementos, o primeiro é a *pertinência ou aptidão (Geeignetheit)*, que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público, conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a *adequação, a conformidade ou a validade do fim*.

(...)

O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a *necessidade (Erforderlichkeit)* (...). Pelo princípio ou subprincípio da necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária.

O publicista francês Xavier Philippe, por sua vez, assevera que o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”. (...)

Finalmente, depara-se-nos o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*. Aqui assinala Pierre Muller, *a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo*.

Quem utiliza o princípio, segundo esse constitucionalista, se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados.¹³¹⁻

¹³²

A doutrina, de uma maneira geral, tende a afirmar que “o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade”¹³³, enfatizando que

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 397/398.

¹³² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 187 e ss.: “A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. (...) O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. (...) O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.”

¹³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 111.

“[e]sse princípio, também denominado da menor ingerência possível, obedece à concepção tem direito à menor desvantagem possível”¹³⁴.¹³⁵

Mas essa forma de interpretação, voltada a impedir a ingerência além da estritamente necessária na esfera do cidadão, é apenas uma das possíveis vertentes: a outra é justamente a da *eficiência*, no sentido de que, ainda que não interfira de imediato na esfera de direitos do cidadão, o Estado tem de pautar suas condutas no critério da *economicidade*, da *eficiência*, valendo-se dos instrumentos mais adequados para atingir os melhores resultados empregando o mínimo de recursos e poupando o máximo de tempo.

Eficiência e proporcionalidade são umbilicalmente ligados porque, ainda que se cogite de uma situação em que o Estado não esteja interferindo de imediato na esfera de direito do cidadão, ao agir de maneira ineficiente (mais custosa, mais lenta etc.), são gastos *mais recursos públicos para custear a máquina estatal* e, em contrapartida, são obtidos *resultados quantitativa e qualitativamente piores*. Por consequência, é do cidadão que serão exigidos mais tempo aguardando o provimento jurisdicional e mais impostos para custeio dessa máquina pública ineficiente; ainda que indiretamente, ele, o cidadão, é prejudicado.

Legitimando todo esse raciocínio, Eduardo J. Couture sintetiza: “o processo, que é um meio, não pode exigir um dispêndio superior ao valor dos bens que estão em debate. Uma necessária proporção entre o fim e os meios deve presidir a economia do processo.”¹³⁶

Todo esse cenário — complexo, é verdade —, há de ser enfrentado; há tempos não há mais espaço para que o direito processual civil se atenha às formalidades e aos ritos, desconectado da realidade e do clamor pela eficiência, conforme sustentado por Mauro Cappelletti e Bryan Garth:

¹³⁴ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 560.

¹³⁵ Também reputamos acertada a afirmação de Humberto Ávila, para quem “proporcionalidade” e “razoabilidade são “expressões ambíguas e que devem ser definidas, sendo secundário decidir qual delas será utilizada para cada exame.” (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 201). Por isso, importante é que sejam definidos os princípios e expostas as premissas de aplicação, a ser seguida fielmente ao longo do estudo, e não o embate entre as diferentes posições doutrinárias a respeito do tema.

¹³⁶ Tradução livre de: COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 2. Ed. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951, p. 84.

Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia e, ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.¹³⁷

Portanto, resta claro que os *princípios da proporcionalidade e da eficiência* são premissas de suma relevância para o estudo a ser empreendido, determinando sempre a escolha dos procedimentos ou situações que, além de representarem menor ingerência na esfera do jurisdicionado, conferem eficiência para o agir estatal, qualquer que seja a função em exercício, administrativa, legislativa ou jurisdicional.

3.6. Sexta premissa: tutela jurisdicional efetiva

Tendo presente o art. 5º, XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, afirma-se a existência do *princípio da proteção judiciária* ou da *inafastabilidade do controle jurisdicional*¹³⁸.

A partir disso, a Constituição Federal afirma caber ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição e, em contrapartida, assegura aos cidadãos o direito de ação, mais do que na restrita acepção formal de acesso, mas principalmente no sentido *substancial* de direito à tutela jurisdicional efetiva do direito material.

Em rigor, além de o dispositivo constitucional garantir que *nem mesmo a lei* – e, portanto, veículo normativo algum – terá o condão de impedir a atuação do Poder Judiciário, o art. 5º, XXXV, da CF, tornando imutável a obrigação do magistrado de dar solução à controvérsia que se lhe apresente¹³⁹, tutelando *com efetividade* o direito material, tanto preventiva quanto repressivamente.

¹³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. op. cit., p. 13.

¹³⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, 134.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 359.

O que o texto constitucional busca assegurar, em texto expresso, segundo palavras de Luiz Guilherme Marinoni, mais do que o direito de obter a resolução de mérito, é a “efetiva e real viabilidade obtenção da tutela do direito material”, de modo que “se as tutelas prometidas pelo direito substancial tem diversas formas, a ação, para poder permitir a efetiva obtenção de cada uma delas, terá que se correlacionar com técnicas processuais adequadas às diferentes situações substanciais carentes de proteção jurisdicional”¹⁴⁰.

“Por isso”, afirma José Roberto dos Santos Bedaque, “o instrumento precisa ser desenvolvido a partir das necessidades peculiares a cada área de atuação. Primeiro verificam-se as especificidades, detectam-se os problemas; depois, procura-se desenvolver os instrumentos adequados”¹⁴¹, notadamente porque “o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz”¹⁴².

É preciso considerar, ainda, que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal proclama o direito subjetivo à tutela jurisdicional *preventiva* e também *repressiva*, ou seja, pouco importando se o titular do direito vislumbra ameaça ou se já tenha sofrido a violação e tenha de buscar a recomposição ou a reparação.

Interpretando corretamente o dispositivo constitucional, ao afastar-se a primazia da tutela reparatória que, por séculos, predominou no Direito¹⁴³, a Constituição Federal postou a tutela inibitória *em pé de igualdade*, sem a preponderância de uma sobre a outra. Ao assegurar a tutela preventiva não se prejudica a tutela repressiva, pois são direitos que se somam e não são, jamais, mutuamente excludentes.

3.7. Sétima premissa: instrumentalidade do processo e das formas

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 361.

¹⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 24.

¹⁴² *Ibidem*, p. 21.

¹⁴³ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

Proximamente atrelada à premissa anterior, da tutela jurisdicional efetiva, encontra-se a da *instrumentalidade do processo*, cujas riqueza e complexidade ficaram bem evidenciadas, entre nós, em trabalho consagrado de Cândido Rangel Dinamarco.¹⁴⁴

A instrumentalidade do processo, para o que aqui importa, merece ser compreendida, primeiro, sob seus endereçamentos negativo e positivo, conforme palavras de Dinamarco.

O primeiro adverte para suas limitações funcionais, levando à constatação de que o processo não é um fim, mas o meio, e, como tal, “*suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes*”¹⁴⁵. Por isso, Dinamarco adverte:

Não se trata de *desprocessualizar* a ordem jurídica. É imenso o valor do processo e nas formas dos procedimentos legais estão depositados séculos de experiências que seria ingênuo querer desprezar. O que precisa é desmistificar regras, critérios, princípios e o próprio sistema.¹⁴⁶

Por outro lado, tem-se que “o endereçamento positivo do *raciocínio instrumental* conduz à ideia de efetividade do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político”¹⁴⁷, “atingindo em toda a sua plenitude os seus escopos institucionais”¹⁴⁸, aludindo à doutrina de Chiovenda, segundo a qual “na medida do possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”¹⁴⁹.

¹⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 314/315.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 317.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 315.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 319.

¹⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, 2. Ed., Roma, Foro Italiano, 1930, n. 3, p. 110.

Certamente, a principal faceta da instrumentalidade do processo é a de sua efetividade — da “*efetividade do direito pelo e no processo*”, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno —, ou melhor: da efetividade do direito material, em resultados práticos e concretos, por meio do processo, uma vez que:

Um processo só pode ser efetivo desde que predisposto a externar suficiente e adequadamente seus resultados. Para que tais efeitos, obteníveis pelo processo, sejam sentidos no plano a ele exterior, pressupõe uma nova concepção de mecanismos de proferimento e de concretização das decisões jurisdicionais (de técnicas processuais, portanto), um dos temas mais caros aos processualistas...¹⁵⁰⁻¹⁵¹

É, em resumo, a premissa de que o processo serve (e deve servir) de instrumento que leva à pacificação das relações no plano material, à efetivação do direito material, fazendo-o prevalecer em relação às regras processuais, conforme bem enalteceu a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça:

O processo, repito sempre, tem de viabilizar, tanto quanto possível, a decisão sobre o mérito das causas. (...)

Quanto mais difícil tornarmos o trabalho dos advogados, maior será o número dos profissionais especializados quase que exclusivamente no processo civil, dedicando um tempo desproporcional ao conhecimento da jurisprudência sobre o próprio processo, tomando ciência das novas armadilhas fatais e dos percalços que as novas interpretações do procedimento lhes colocam no caminho. É fundamental, porém, que os advogados tenham condição de trabalhar tranqüilos, especializando-se, não apenas no processo, mas nos diversos campos do direito material a que o processo serve. É o direito material que os advogados têm de conhecer, em primeiro lugar, para viabilizar a melhor orientação pré judicial de seus clientes, evitando ações desnecessárias e mesmo para, nos casos em que o processo for inevitável, promover a melhor defesa de mérito para os jurisdicionados.

Os óbices e armadilhas processuais só prejudicam a parte que tem razão, porque quem não a tem perderá a questão no mérito, de qualquer maneira. O processo civil dos óbices e armadilhas é o processo civil dos rábulas. Mesmo os advogados mais competentes e estudiosos estão sujeitos ao esquecimento, ao lapso. O direito das partes não pode depender de tão pouco. Nas questões controvertidas, convém que se adote, sempre que possível, a opção que aumente a viabilidade do processo e as chances de julgamento da causa. Não a opção que restringe o direito da parte. As Reformas Processuais têm de ir além da mudança das leis. Elas têm de chegar ao espírito de quem julga. Basta

¹⁵⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 156.

¹⁵¹ Também: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

do processo pelo simples processo. Que se inicie uma fase de viabilização dos julgamentos de mérito.¹⁵²

O estudo se pauta, como não poderia deixar de ser, na premissa da instrumentalidade do processo, em sua serventia à concretização do direito material.

3.8. Oitava premissa: interpretação ampla do mandado de segurança

Tem-se de afirmar, necessariamente, que a interpretação das hipóteses de cabimento e dos efeitos do mandado de segurança, por decorrência da adequada compreensão do contexto constitucional, há de ser a mais ampla possível.

Já se demonstrou nos itens anteriores que a Constituição, por origem histórica, tem as funções de afirmar a supremacia do indivíduo, impor a limitação do poder dos governantes e buscar a racionalização do poder.¹⁵³

A ordem jurídica, entretanto, não poderia se limitar à declaração de direitos, sob pena de tê-los ineficazes, o que desnaturaria o Direito em mero ordenamento *moral*¹⁵⁴. Ao par deles, foram instituídas as *garantias constitucionais*, instrumentos cuja serventia é assegurar a efetividade dos direitos declarados pela Constituição.

Em razão das circunstâncias de sua gênese jurídica, bem refletida na redação do art. 5º, LXIX, o mandado de segurança deve ser interpretado de molde a tornar abrangente seu

¹⁵² STJ-3ª T. REsp 975.807/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. Nancy Andriahi, j. 02/09/08.

¹⁵³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 198.

¹⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, pp. 28/37: “Uma ordem normativa que é uma ordem coercitiva. (...) inteiramente contraposto a um ordenamento social que estatui sanções (no sentido lato) é aquele que prescreve uma determinada conduta oposta, ou seja, uma ordem social em que não tem aplicação o princípio retributivo (*Vergeltung*). Como exemplo de um ordenamento social refere-se geralmente a Moral que, precisamente por isso, se costuma distinguir do Direito, como ordem estatuidora de sanções. (...) Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.”

espectro de atuação, conforme reconhecem Carlos Alberto Menezes Direito¹⁵⁵, Arnaldo Wald¹⁵⁶, Cassio Scarpinella Bueno¹⁵⁷ e Sérgio Ferraz, que, atento às raízes históricas do mandado de segurança, leciona:

Esse berço de nascimento de pronto contamina o mandado de segurança com a marca indelével que há de nortear seu estudioso, intérprete, usuário ou aplicador: partejado que foi como instrumento das liberdades fundamentais, inserido que está dentre as garantias mestras, o mandado de segurança há de ser *sempre* liberalmente encarado e compreendido. É dizer, não de ser mínimos os impedimentos e empecilhos à sua utilização; na dúvida quanto a seu cabimento, há que preponderar o entendimento que se inclina em seu favor; nas questões polêmicas que seu estudo suscite, há de prevalecer a corrente que se revele produtora da maior amplitude de suas hipóteses de incidência e de espectro de atuação. Firma-se aqui, portanto, desde já, o princípio fundamental a nortear este ensaio, o princípio de espeque constitucional: como, a um só tempo, remédio constitucional e garantia constitucional, o mandado de segurança, em seu cabimento e amplitude, há de ser admitido de forma amplíssima, tendo-se por ilegítimo tudo que amesquinhe tal parâmetro.¹⁵⁸

(Grifo nosso)

Afirma-se, portanto, mais esta premissa do estudo, repetindo palavras de Cassio Scarpinella Bueno: “a *necessidade* de extração do máximo potencial do mandado de segurança da Constituição Federal para atingimento dos valores consagrados na Carta em prol dos cidadãos, individual ou coletivamente considerados, contra o Estado ou quem lhe faça as vezes”¹⁵⁹ ¹⁶⁰.

3.9. Oitava premissa: tutela do direito *in natura*

¹⁵⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 4. Ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 56.

¹⁵⁶ WALD, Arnaldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁵⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

¹⁵⁸ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 14.

¹⁵⁹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. Op. cit., p. 11.

¹⁶⁰ V. também: NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 13. Ed. São Paulo: RT, 2017, p. 215: “Como as garantias e os direitos sociais (CF 5º a 8º) devem ser interpretados *ad amplianda* – contrariamente aos demais preceitos constitucionais, que se interpretam *ad restringenda* -, não se pode dar à lei interpretação que impeça ou dificulte o exercício da garantia constitucional do direito de ação.”

Por último, mas não menos importante, impõe-se lançar luzes a respeito de uma peculiaridade da garantia constitucional objeto deste estudo: *o rito especialíssimo do mandado de segurança serve apenas para assegurar a fruição do direito in natura, sendo inadmissível, no âmbito do processo do mandado de segurança, a conversão em perdas e danos, conforme bem esclarece Hermes Zaneti Junior:*

Por sua vez, a prestação *in natura* ou “execução” específica tem o sentido de que a prestação jurisdicional deverá ocorrer ao natural, na forma requerida ao juízo, sem a possibilidade de conversão em indenização e sem espera pelo processo de execução para intervir no patrimônio do devedor. Trata-se do cumprimento puro, simples, *ipsis litteris*, caso deferida a segurança, do que foi pedido de forma imediata, ou seja, o cumprimento da sentença *in se ipsa*, conforme a origem, ao natural. Nada mais justo, nada mais próximo da garantia do direito processual moderno de dar “tudo aquilo e exatamente aquilo” que se pretende com a ação quando esta for procedente, nada mais correto *ictus oculi* ao bom senso.¹⁶¹

A afirmação é certa e rigorosamente consentânea com os pressupostos e com a finalidade do rito especial, em que não se admite dilação probatória e em cuja sentença não há constituição de um direito, tampouco a execução pelo Poder Judiciário, senão *ordem para que a autoridade coatora, diretamente, dê cumprimento ao direito preexistente e que se teve por violado*, conforme bem destacado por Pontes de Miranda:

A prestação jurisdicional, no mandado de segurança, é mandamento. O juiz ou tribunal manda; o que ele manda já é conteúdo dessa prestação: manda que se tenha como existente, ou como não-existente, alguma relação jurídica, que a autoridade pública teve por inexistente, ou por existente, contra a Constituição, ou contra a lei; manda que se tenha como constituído, ou por desconstituído, algum ato jurídico, porque, contra a Constituição, ou contra a lei, a autoridade pública, ou o teve por inconstituível, ou como constituído; manda que se empossa, ou que se desemposse, ou que se reintegre, ou que se destitua algum funcionário público, ou pessoa que foi ofendida, ou cujo atendimento pela autoridade pública, contra a Constituição ou contra a lei, ofenderia a outrem. A sentença, no mandado de segurança, não é executiva; a eficácia executiva, que possa ter, há de ser pequena. O juiz ou tribunal, que manda, não empossa, não reintegra, não readmite, não faz cessar a infração; manda que se empossa, que se reintegre, que se readmita. A eficácia condenatória que possa ter a sentença no mandado de segurança, é, também, mediata: ao lado da força mandamental, ou, melhor, envolvida por ela, está a eficácia declarativa, ou a eficácia constitutiva negativa, ou positiva, de que pode defluir, como eficácia posterior, a eficácia de condenação. Por isso, o juiz ou o tribunal não pode condenar à indenização o Estado, ou a autoridade

¹⁶¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 178.

pública, posto que, com a coisa julgada da sentença mandamental-declarativa, possa o vencedor pedir a condenação.¹⁶²

(Grifo nosso)

Atento às raízes históricas do mandado de segurança, criado para tutelar eficazmente os direitos fundamentais do cidadão contra arbitrariedades perpetradas pelo Estado e por quem lhe faça as vezes, Cassio Scarpinella Bueno adverte que o mandado de segurança é um mecanismo voltado a “assegurar àquele que se afirma lesionado ou ameaçado em seu direito a conservação *in natura* desse mesmo direito”¹⁶³, e prossegue dizendo:

Na segura lição de Castro Nunes (*Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*, p. 38), “O mandado de segurança dá ao titular do direito a prestação *in natura*. É um procedimento *ad ipsam rem*, que não comporta a substituição da prestação devida. O direito é assegurado, no seu exercício, e não pela forma *indireta* da equivalência econômica, princípio pelo qual se define o ressarcimento da inexecução da obrigação, *scilicet* violação da lei. O ato violador é removido como obstáculo para que se restabeleça a situação jurídica preexistente, e não apenas anulado com os efeitos reparatórios conhecidos”.

Desde seu nascedouro, o mandado de segurança volta-se à fruição plena, integral e *in natura* do bem da vida que se diz lesionado ou ameaçado por ato de autoridade. Essa noção é avessa à sua substituição por seu mero equivalente monetário. Daí ser comum a afirmação de que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança (Súmula 269 do STF) nem tem efeitos patrimoniais pretéritos (Lei n. 1.533/51, art. 15, e Súmula 271 do STF).¹⁶⁴

No mesmo sentido, Eduardo Arruda Alvim conclui:

Observa-se, pois, que o elemento diferenciador da sentença do mandado de segurança repousa, em última análise, na grandeza constitucional do instituto, pois, enquanto pelas vias ordinárias, pode, a obrigação converter-se em perdas e danos, pela via do mandado de segurança, deve ensejar ao impetrante a possibilidade de obtenção da garantia pleiteada *in natura*, mesmo liminarmente, quando for o caso. Outra alternativa não se abre à Administração, senão a de dar estrito cumprimento à ordem emanada da sentença concessiva da segurança, sob pena, inclusive, de infração penal, qual seja, crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Código Penal, ou crime de prevaricação, a teor do art. 219 do Código Penal, sem prejuízo das

¹⁶² MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ações mandamentais*: tomo VI. São Paulo: RT, 2016, pp. 111/112.

¹⁶³ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 9.

sanções administrativas e da aplicação da Lei n. 1.079/50, segundo o art. 26 da Lei n. 12.106/09 (...).¹⁶⁵

Embora, quando vista isolada e estaticamente, a lição acima ganhe clareza e definição, a prática forense a confere contornos obscuros e conteúdo distorcido. Que o mandado de segurança é destinado, desde o nascedouro, à fruição *in natura* do direito violado, é certo e inquestionável; a questão que se põe é: *o que ocorre quando o direito violado é patrimonial ou envolve, direta ou indiretamente, prestação patrimonial? Seria isso o bastante para afastar a incidência da garantia constitucional?*

Para responder adequadamente, é necessário firmar a premissa de que o mandado de segurança foi criado para tutelar os direitos não amparados pelo *habeas corpus*, permitindo a fruição *in natura* (=não os convertendo em perdas e danos), mas sem distinção ou classificação quanto à natureza dos direitos passíveis de serem tutelados por meio do mandado de segurança. Qualquer diferenciação que se pretenda fazer, conforme se verá, seria criação do intérprete e, portanto, restrição indevida da norma constitucional.

Talvez seja de Alfredo Buzaid a afirmação mais consentânea com os fundamentos e princípios do mandado de segurança, destacando que a impossibilidade de conversão do direito em perdas e danos não torna a garantia constitucional e o seu rito *menores, mais restritos, limitados* ou *menos eficazes* em relação ao rito ordinário.

Pelo contrário, aliás, a tutela específica decorrente do mandado de segurança é justamente o que faz desse instrumento processual *mais avançado e poderoso* do que já se tinha e tem alcançado por meio do rito ordinário:

A sua característica [do mandado de segurança] fundamental consiste na possibilidade de compelir a autoridade pública a praticar ou deixar de praticar algum ato. Esta solução rompe com uma larga tradição, segundo a qual o inadimplemento da obrigação de fazer ou de não fazer se resolve em reparação pecuniária, isto é, na condenação em perdas e danos.

(...)

Semelhante aos interditos e ao *habeas corpus* na rapidez, presteza e sumariiedade das soluções, mas diferente deles na tipicidade do remédio, que se ajusta à proteção de direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato de autoridade pública, o mandado de segurança foi erigido à eminência de garantia constitucional e representa uma ação, que confere ao titular de direito

¹⁶⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança*. 2. Ed. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010, pp. 288/289.

líquido e certo a possibilidade de obter a prestação *in natura*; mais vigoroso que todos os outros remédios judiciais, o mandado é a ação pela qual se pode conseguir a suspensão liminar o ato impugnado (Lei n. 1.533, art. 7º, II), mais precisamente a execução específica, repondo as coisas no estado anterior à ofensa.¹⁶⁶

(Grifo nosso)

Assim se há de interpretar o mandado de segurança: um instrumento ainda mais avançado e eficaz do que as vias ordinárias, despido de amarras da tipicidade, voltado a tutelar direito líquido e certo violado por ato de autoridade, assegurando ao titular do direito a suspensão liminar do ato ilícito e permitindo voltar-se ao *status quo ante*, eliminando os efeitos práticos da ilegalidade perpetrada, como se o ato impugnado sequer houvesse existido.

¹⁶⁶ BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, vol. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 67/70.

4. O MODELO CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

O *modelo constitucional* do mandado de segurança deve ser compreendido como o regime jurídico delimitado pela Constituição Federal, abrangendo sempre e necessariamente as premissas hermenêuticas e metodológicas acima referidas.

No Estado Constitucional, a metodologia empregada para o exame do mandado de segurança deve se dar a partir da Constituição Federal. Isto é imperativo, não opcional. Ainda assim, reforçar as regras e as premissas do estudo tem a serventia de lançar luzes e evidenciar os conflitos – aparentes ou reais – entre as normas.

É a partir de premissas firmemente identificadas e aplicadas, sempre com a prevalência das normas constitucionais¹⁶⁷ em relação a qualquer outra, que se desenvolverá o estudo para, em respeito à Constituição Federal, encerrar validamente as conclusões a respeito das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

É a partir do *modelo constitucional* que se buscará assegurar o cumprimento da norma básica de nosso Estado de Direito, evitando incorrer no equívoco grave, embora comum, de usá-la “cinicamente”, aproveitando crítica feita por Georges Abboud¹⁶⁸.

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 47/48: “...a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (...) é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais.”

¹⁶⁸ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2018, pp. 61/62: “Em termos comparativos, nossa Constituição tem sido posta como a Geni... Infelizmente, o argumento constitucional no Brasil tem prevalecido apenas quando útil, na primeira discordância que temos com nosso texto constitucional não hesitamos em passar a defender perspectiva contrária à Constituição, seja com base em argumento político, religioso, ideológico ou econômico. Tristemente, não consolidamos um pensamento constitucional, pelo contrário, criamos um imaginário de que a Constituição somente vale quando nos interessa, ou ainda que quando há algo errado a culpada é a Constituição. Fazemos uso estratégico e cínico da Constituição.”

À luz do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, em rigor, a efetividade da norma dos incisos LXIX e LXX é plena e não depende de legislação infraconstitucional¹⁶⁹⁻¹⁷⁰. Entretanto, a lei nº 12.016/09 — revogadora da lei nº 1.533/51 — e as Súmulas 269 e 271 — ao par de outras, mas a citação restrita a essas duas é intencional para ajustar ao objeto do estudo — existem e são presumidas válidas, razão pela qual se buscará realizar interpretação sistemática das regras do mandado de segurança, mas sempre sob a perspectiva do modelo constitucional, visto que “[n]ada no direito pode querer estar em dissonância com a Constituição Federal. Ela é o diapasão pelo qual todas as outras normas jurídicas devem ser afinadas, medidas e ouvidas, é dizer: concretizadas por e para seus destinatários”¹⁷¹.

4.1. A dicção imperativa da Constituição Federal

Em linha com todo o exposto, mormente quanto às características dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, à finalidade do mandado de segurança e à relevante função que assume no sistema de controle da atuação administrativa do Estado, o inciso LXIX veicula comando *imperativo*:

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

Repetido no *caput* do art. 1º da Lei nº 12.016/09, do verbo no imperativo se denota a inexistência de alternativa: presentes os requisitos — que serão tratados adiante —, o mandado de segurança *tem de ser concedido*.¹⁷²

A correta interpretação da norma constitucional afasta qualquer “discricionariedade” em matéria de concessão de segurança. No âmbito do direito público, em

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹⁷⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 5/6.

¹⁷¹ Idem, *Curso sistematizado de direito processual civil*, 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do Código de processo civil. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 113.

¹⁷² Idem, *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

que as normas impõem *deveres* ao Estado e aos seus agentes — os *poderes* a eles atribuídos são na medida do necessário ao cumprimento dos deveres¹⁷³ —, a presença dos requisitos constitucionalmente elencados imputa ao magistrado o *dever* de conceder a segurança.¹⁷⁴

A vinculação do magistrado à concessão da segurança sempre que presentes os requisitos constitucionais do mandado de segurança está de acordo com as premissas hermenêuticas e metodológicas anteriormente elencadas, merecendo destaque (i) o princípio da legalidade — afinal, o direito deve ser assegurado e a ilegalidade tem de ser remediada —, (ii) o fato de se tratar de direitos e garantias fundamentais, demandando máximas proteção e efetividade por parte do Estado, e (iii) a tutela jurisdicional efetiva, que tem de traduzir em resultados práticos as previsões do direito em si e da tutela jurisdicional em caso de violação.

4.2. O “direito líquido e certo...”

Como qualquer restrição ou condicionamento de um direito fundamental deve decorrer de norma constitucional, é o próprio texto do art. 5º, LXIX, da Constituição Federal que delimita o cabimento do mandado de segurança àquelas situações em que se busca “proteger *direito líquido e certo*”.

A expressão atual, que tomou lugar do “direito certo e incontestável” que se lia na legislação criadora do mandado de segurança, é igualmente imprópria. Deveras, após acalorados debates, restou consagrado na doutrina e na jurisprudência, primeiro, que da expressão “direito líquido e certo”, em rigor, não se há de extrair qualquer elemento relativo ao direito em si, mas aos fatos alegados pelo impetrante e que o legitimariam a reclamar a tutela

¹⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., p. 72: “Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder —, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. *Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.*” (Grifo nosso)

¹⁷⁴ Embora discorrendo a respeito da concessão da liminar em mandado de segurança, mas concluindo igualmente pela inexistência de discricionariedade judicial: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 134; THEORODO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 24/25.

jurisdicional por meio do mandado de segurança. É o que, trazendo consigo uma forte corrente de adeptos, tanto na doutrina¹⁷⁵ quanto na jurisprudência¹⁷⁶, sintetizaram Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar F. Mendes:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser executado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante; se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

(...)

Em última análise, *direito líquido e certo* é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido, nem certo, para fins de segurança. O conceito de “liquidez e certeza” adotado pelo legislador é impróprio — e mal expresso — alusivo à precisão e comprovação do *direito*, quando deveria aludir à precisão e comprovação *dos fatos e situações* que ensejam o exercício desse direito.¹⁷⁷

O entendimento está alinhado a célebre manifestação do Min. Costa Manso, do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o mandado de segurança nº 333/DF, asseverou:

Devo, também, antes de entrar no amago da questão, apreciar a argumentação do eminente senhor doutor procurador geral da República sobre o conceito da expressão-“direito certo e incontestável”, do citado dispositivo constitucional. Sustenta sua excelência que a multiplicidade de leis, exigindo pesquisas, indagações e larga meditação, pode tornar incerto o direito e impedir a concessão do mandado de segurança. -Eu, porém, entendo que o artigo cento e treze número trinta e três da Constituição empregou o vocabulo “direito” como sinonimo de “poder ou “faculdade” decorrente da “lei” ou “norma jurídica” (direito subjetivo). Não aludiu á propria “lei” ou “norma” (direito objetivo). O remedio judiciario não foi creado para a defesa da “lei em tésé”.

¹⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de segurança – ação popular – ação direta de inconstitucionalidade – indicações de doutrina e jurisprudência. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. 1964, vol. 12 (separata). Disponível em: <https://www.pge.rj.gov.br/revista-de-direito/1964-volume-12>; WALD, Arnaldo. op. cit., p. 126; BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 56; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. op. cit., p. 72; SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15; _____. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, tomo III: direito processual público e direito processual coletivo. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

¹⁷⁶ RSTJ 4/1.427, 27/140, 147/386, 110/142; RTJ 83/130, 83/855, RSTJ 27/169, 55/325, 129/72; RTFR 160/329; RT 808/442; STF-RT 594/248. STJ-1ª S., MS 19.738, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11/12/2013; STJ-3ª S., MS 12.275-AgRg, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 14/03/2007.

¹⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar F. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37.

-Quem requer o mandado, defende o seu direito, isto é, o direito subjetivo, reconhecido ou protegido pela lei. O direito subjetivo o direito da parte é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porem, é sempre certa e incontestavel. A ninguém é licito ignora-la, e com o silencio, a obscuridade ou a indecisção dela não se exime o juiz de sentenciar ou despachar (Codigo Civil, artigo quinto da Introdução). Só se exige prova do direito estrangeiro ou de outra localidade, e isso mesmo se não fôr notoriamente conhecido. O fato é que o petionario deve tornar certo e incontestavel, para obter o mandado de segurança. -O direito será declarado e aplicado pelo juiz, que lançará mão dos processos de interpretação estabelecidos pela sciencia, para esclarecer os textos obscuros ou harmonizar os contraditorios. Seria absurdo admitir se declare o juiz incapaz de resolver de plano um litigio, sob o pretexto de haver preceitos legais esparsos, complexos ou de intelligencia difficil ou duvidosa. Desde, pois, que o fato seja certo e incontestavel, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difficil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança.¹⁷⁸

(Grifo nosso)

Há mais uma faceta do problema a ser enfrentado, o que contribui sobremaneira para compreender a extensão e a profundidade do cabimento e dos efeitos do mandado de segurança: a relação entre “direito líquido e certo” e “título líquido e certo”, que são próximos, mas não se confundem, conforme destacou Alfredo Buzaid:

O conceito de *direito líquido e certo*, embora se avizinha do de *título líquido e certo*, com êle não se confunde; ao contrário, até se pode dizer que esta última idéia serve utilmente para extremar o conceito de *direito líquido e certo*. O título líquido e certo é aquele que já contém uma declaração do direito constante do documento. Torna certa a obrigação e determinado o seu valor. Em virtude dessas características formais e substanciais, o legislador conferiu a essa categoria de direitos ação executiva, na qual o autor nada tem de demonstrar, porque o documento vale por si como prova da obrigação; se o réu tem matéria relevante para impugnar a eficácia do título, há de arguí-la na contestação, abrindo-se assim a discussão de mérito. De outro modo, a ação será julgada procedente, sem que o autor tenha de provar qualquer coisa.

O *direito líquido e certo* há de ser mais do que o *título líquido e certo* do ponto de vista substancial, embora seja menos do que êle do ponto de vista formal. Não é de sua essência que esteja representado por um documento; pode dizer-se que geralmente não o é, porque deriva da Constituição ou das leis. Mas, em compensação, para defini-lo, não basta dizer que se trata de direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame nem laboriosas cogitações.¹⁷⁹

¹⁷⁸ STF. MS 333, Rel. Min. Edmundo Lins, j. 09/12/1936, pp. 22/23 dos autos.

¹⁷⁹ BUZOID, Alfredo. "Juicio de amparo" e mandado de segurança. (Contrastes e confrontos). In: *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 56(1), pp. 172-231. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66387/68997>. Acesso em 31/05/2019, 19:02hs.

(Grifo nosso)

Perfilhando este entendimento¹⁸⁰, Carlos Alberto Menezes Direito invoca acórdão do Supremo Tribunal Federal para sustentar a observância, em dois momentos distintos, do “direito líquido e certo”: quando da primeira análise da petição inicial e, posteriormente, quando do efetivo julgamento de mérito. Esta é a ementa do acórdão que ampara aquela conclusão:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. COMPETÊNCIA DO RELATOR. C.F., art. 5., LXIX; Lei n. 1.533/51, art. 1. e art. 8.

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

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

III - Agravo Regimental provido.¹⁸¹

Adotando posicionamento acertado e externando com clareza e precisão o conceito de *direito líquido e certo*, destacam-se ementas de dois acórdãos proferidos, respectivamente, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA – PETIÇÃO INICIAL **DESACOMPANHADA** DOS DOCUMENTOS **NECESSÁRIOS** À COMPROVAÇÃO **LIMINAR** DOS FATOS ALEGADOS – **INDISPENSABILIDADE** DE PROVA **PRÉ-CONSTITUÍDA** – CONCEITO DE *DIREITO LÍQUIDO E CERTO* – FATOS **INCONTROVERSOS E INCONTESTÁVEIS** – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

¹⁸⁰ V. também: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2017, p. 35: “É comum a afirmação de que “direito líquido e certo” é o que resulta de fato certo, bem como a de que fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano. Trata-se de equívoco, pois o que se prova são as afirmações de fato. O fato não pode ser qualificado de “certo”, “indivíduo” ou “verdadeiro”; *o fato apenas existe ou não existe*. Como o direito existe independentemente do processo, esse serve apenas para declarar que o *direito afirmado* existe. Prova-se a afirmação de fato para que se declare que o direito afirmado existe. Acentue-se que a sentença de cognição exauriente limita-se a declarar a *verdade de um enunciado*, isto é, que a afirmação de que o direito existe é verdadeira de acordo com as provas produzidas e o juízo de compreensão do juiz. Em outras palavras, o direito que o processo afirma existir pode, no plano substancial, não existir e vice-versa. Não se prova que o direito existe, mas sim que a afirmação de que o direito existe é verdadeira, declarando-se a existência do direito (coisa julgada material).” (grifos nossos)

¹⁸¹ STF-Pleno. MS 21.188-Agr/DF. Rel. p/ o acórdão Min. Carlos Velloso. J. 01/11/90.

- **Refoge**, aos estreitos limites da ação mandamental, **o exame** de fatos **despojados** da necessária liquidez, **não se revelando possível** a instauração, **no âmbito** do processo de mandado de segurança, **de fase incidental** de dilação probatória. **Precedentes**.
- **A noção** de *direito líquido e certo* **ajusta-se**, em seu específico sentido jurídico-processual, **ao conceito** de situação **decorrente** de fato **incontestável e inequívoco**, **suscetível** de imediata demonstração **mediante** prova literal **pré-constituída**. **Precedentes**.¹⁸²

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO. PROVA INÚTIL E QUE FERRE O DIREITO À PRIVACIDADE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O direito líquido e certo a que alude o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal deve ser entendido como aquele cuja existência e delimitação são passíveis de demonstração de imediato, aferível sem a necessidade de dilação probatória.

(...)

3. Recurso ordinário provido.¹⁸³

(Destaques constam do original)

Debruçando-se sobre o tema, Cassio Scarpinella Bueno esclarece que “[p]ara impetrar o mandado de segurança não é necessário que a ilegalidade ou o abuso de poder realmente existam no plano dos fatos (...) [s]uficiente que o impetrante *afirme* ter sido vítima de ilegalidade ou abuso de poder.”¹⁸⁴

Superada a admissibilidade da petição inicial, “[a] verificação de sua efetiva e concreta existência relaciona-se ao acolhimento da tese do impetrante, isto é, com a *concessão* do mandado de segurança e com o julgamento do *mérito* da ação.”¹⁸⁵

Portanto, em sendo possível a comprovação de plano, com a petição inicial, dos fatos alegados pelo impetrante, sendo desnecessária posterior produção de prova, ter-se-á atendida a condição da ação e será cabível o mandado de segurança.¹⁸⁶

¹⁸² STF-Pleno. AgRg no MS 23.190/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/10/2014.

¹⁸³ STJ-4ª T. RMS 28.336/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 24/03/2009.

¹⁸⁴ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 17: “Direito líquido e certo, pois, é *condição da ação* e não corresponde à existência da ilegalidade ou do abuso de poder, mas, apenas e tão-somente, a uma especial forma de *demonstração* desses vícios que rendem ensejo ao ajuizamento do mandado de segurança.”

Por se tratar de uma condição da ação relativa à apresentação, com a inicial, de todo o acervo probatório necessário para o posterior julgamento de mérito — não necessariamente do julgamento favorável ao impetrante —, a complexidade dos fatos¹⁸⁷ ou do direito¹⁸⁸ não desqualifica o uso do mandado de segurança; o que inviabiliza o seu processamento é a necessidade de provas complementares, afirma Carlos Alberto Menezes Direito, com esteio nas doutrinas de Pontes de Miranda, Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar F. Mendes e de Milton Flaks.¹⁸⁹⁻¹⁹⁰

A compreensão do conceito de *direito líquido e certo* tende a não se completar sem relacioná-lo com situações pares, sem situá-lo diante do que se tem no rito ordinário e na execução, conforme suscitou Alfredo Buzaid, que primeiro descreveu os traços marcantes do procedimento comum e os da execução:

A processo civil, chamado *ordinário*, é o estalão comum e serve à tutela de qualquer direito ajuizado. Para o seu exercício, é indiferente saber se o direito é mais ou menos vigoroso; se a sua aparência é boa ou não. O que se sabe é que os fatos, alegados no processo ordinário, devem ser provados, pois não se pode concluir, ao início, quem tem razão.

Outra espécie é a ação de execução, que pressupõe *título líquido e certo*. O título já contém em si a declaração do direito. Basta afirmá-lo em juízo. Ele não depende de prova. É certo quanto à sua existência e determinado quanto ao seu valor. Uma vez ajuizado o título executivo, se o devedor não embargar a execução, será acolhida a ação, independentemente de qualquer prova do credor. Não acontece o mesmo no processo ordinário.¹⁹¹

Ato contínuo, confrontando-o com o rito comum e com a execução, Alfredo Buzaid destaca as notas distintivas do direito líquido e certo exigido no mandado de segurança:

¹⁸⁷ “A complexidade dos fatos não exclui o caminho do mandado de segurança, desde que todos se encontrem comprovados de plano” (STF-RT 594/248).

¹⁸⁸ Súmula 625 do Supremo Tribunal Federal: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

¹⁸⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 72 e 77.

¹⁹⁰ Neste sentido: TRF1-4ª T. AMS 0016723-81.1990.4.01.0000 (90.01.16327-0), Rel. Juíza Eliana Calmon, J. 17/08/1994: “No mandado de segurança podem ser examinadas questões controvertidas, se a prova documental apresentar-se suficiente para dirimir a controvérsia.”

¹⁹¹ BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, vol. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 82/83.

A ação de mandado de segurança se distingue das duas precedentes. Tem por pressuposto não um *título líquido e certo* senão um *direito líquido e certo*. A sua apreciação é feita em um tipo de processo mais abreviado, porque independe de prova testemunhal ou pericial. (...) A nota marcante do instituto não está propriamente na *inexistência de discussão* em torno do direito afirmado pelo impetrante, mas na existência de um direito líquido e certo insuscetível de discussão judicial.¹⁹²

Em reforço ao entendimento acima, Othon Sidou afirma:

Destarte, o direito líquido e certo que autoriza o mandado de segurança é uma situação jurídica para a qual concorrem dois elementos: *subjetivo*, um dever do Estado por determinada prestação, positiva ou negativa; e *material*, um inadimplemento dêsse dever.

Se se configurar o título, através de prova evidente, dispensar-se-á, por inútil, a investigação sobre o dever da prestação (que emana da lei) e sobre o inadimplemento (que decorre do gato), e a atuação judicial deve ser abreviada, ao encontro da sentença.¹⁹³

Ao fim e ao cabo, portanto, há de se ter firme essas premissas de que, além de dizer respeito aos fatos que conferem ao impetrante o direito alegado na petição inicial, dispensando dilação probatória, o direito líquido e certo, embora formalmente possa ser *menos* do que o título líquido e certo, a ele se equipara (é mais do que ele, diz Buzaid) sob o aspecto substancial.

4.3. “...não amparado por habeas corpus ou habeas data...”

Ao prever que o cabimento do mandado de segurança se restringe à tutela de direito “não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*”, o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, de um lado reafirmam-se a taxatividade e a restritividade das garantias constitucionais e, de outro, exclama-se o caráter residual e, portanto, *abrangente* do mandado de segurança, que se destina a tutelar tudo aquilo que a Constituição e a legislação correspectiva não designam como objeto de *habeas corpus* ou *habeas data*.

De fato, a previsão do caráter residual do mandado de segurança tem uma contraface que é a da sua máxima abrangência, pois se é cabível sempre que o direito violado não for amparado por outras garantias constitucionais, tem-se que, quando presentes os demais

¹⁹² BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, vol. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83.

¹⁹³ SIDOU, J. M. Othon. *Do mandado de segurança*. 3. Ed. São Paulo: RT, 1969, pp. 234/235.

requisitos constitucionais, *todo e qualquer direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data há de ser tutelado pela via do mandado de segurança.*

Do contrário, caso não se reconheça este imperativo da interpretação abrangente do mandado de segurança, corre-se o risco de que direitos fundamentais careçam de instrumento jurídico eficiente para a sua tutela, o que não apenas seria violar o art. 5º, LXIX, mas o próprio art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

4.4. “...quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder...”

Ao prever que o ato passível de impugnação pela via do mandado de segurança deve configurar *ilegalidade ou abuso de poder*, uma vez mais o texto constitucional orienta o intérprete pela interpretação *ampliativa* das hipóteses de cabimento desta garantia processual.

Ampliativa porque, ao aludir a *ilegalidade*, o texto constitucional se refere ao papel mais básico e essencial do Direito, que é assegurar a utilidade e a efetividade da legislação que, tendo sido confrontada, retira a validade e a eficácia do ato administrativo impugnado, determinando a cessação de seus efeitos e a correção da ilegalidade.¹⁹⁴

Ao permitir que o mandado de segurança seja manejado não apenas nos casos de ilegalidade em sentido estrito, mas também nos casos de *abuso de poder*, a Constituição Federal torna inequívoca a escolha pela ampliação das hipóteses de cabimento para uma infinidade de casos em que, embora o ato impugnado não evidencie a ilegalidade com toda a clareza ou não contenha uma falha formal grosseira, dele se possa inferir outro tipo de ilegalidade, por vezes mais disfarçada e costumeiramente ligada aos propósitos do ato, que a doutrina e a jurisprudência convencionaram chamar por *abuso (ou desvio) de poder*.

¹⁹⁴ DALLARI, Adilson. Desvio de poder na anulação de ato administrativo. *In*: SCARPINELLA BUENO, Cassio; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002, p. 14: “Existe um desconhecimento, lastimavelmente quase generalizado, de que essa presunção é precaríssima. Ela vale apenas para dizer que a Administração não precisa, normalmente, que um terceiro ateste a legitimidade de seus atos. Mas essa presunção vigora apenas e tão-somente enquanto a validade do ato não for contestada. Havendo contestação, cabe à Administração demonstrar que agiu corretamente.”

Portanto, além dos casos em que o ato questionado conflita, de maneira mais clara, com a norma legal, seguindo a premissa da interpretação ampla do mandado de segurança, a Constituição Federal evitou qualquer risco ou dúvida ao fazer constar que a garantia prevista no art. 5º, LXIX, também deve ser admitida para combater os atos praticados mediante abuso ou desvio de poder.

Para compreender o conceito de *abuso de poder*, pode-se aproveitar o teor do art. 187 do Código Civil (“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”). A essência é a mesma, esclarece Hely Lopes Meirelles, visto que “[o] poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização. Não é carta branca para arbítrios, violências, perseguições ou favoritismos governamentais”, concluindo:

Qualquer ato de autoridade, para ser irrepreensível, deve conformar-se com a lei, com a moral da instituição e com o interesse público. Sem esses requisitos o ato administrativo expõe-se a nulidade (...).¹⁹⁵

Daí os dizeres de Marçal Justen Filho: “*O abuso de poder, para fins de mandado de segurança, consiste no exercício despropositado ou prepotente ou imotivado ou excessivo de uma competência discricionária*”¹⁹⁶.

Deveras, o poder é outorgado pela sociedade ao agente público na medida das atribuições a ele confiadas, viabilizando o cumprimento de seus deveres funcionais. Sob esse enfoque, é prerrogativa do agente público usar do poder, mas empregá-lo em desacordo com os limites e fins legais é *abuso de poder* e, nas palavras do já citado Hely Lopes Meirelles, “[o] uso do poder é lícito; o abuso, sempre ilícito. Daí por que todo ato abusivo é *nulo*, por excesso ou desvio de poder.”¹⁹⁷⁻¹⁹⁸

¹⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 116/117.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. Ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.114.

¹⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 117.

¹⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 988: “Segundo sua conceituação clássica, desvio de poder é o manejo de uma competência em descompasso com a finalidade em vista da qual foi instituída”.

Ainda que possa parecer singela a menção a tal hipótese de cabimento, uma vez que, ao final de contas trata-se igualmente de *ilegalidade*¹⁹⁹, a escolha do constituinte tem repercussão de extrema validade, pois evita a indevida restrição da hipótese de cabimento do mandado de segurança àqueles casos em que a ilegalidade é manifesta, perceptível a qualquer pessoa, quando o ato é teratológico.

Ao exigir que o mandado de segurança preencha o requisito do *direito líquido e certo*, em hipótese alguma o constituinte restringiu a via processual às controvérsias jurídicas mais simples, de evidente afronta ao texto expresso da lei²⁰⁰. Ao assegurar o cabimento do mandado de segurança nos casos de abuso de poder, *expande-se o campo de incidência para coibir e remediar também os atos que, embora se revistam na aparência ilusória de legalidade, contenham inexatidão de conteúdo, imoralidade, má-fé, arbitrariedade ou capricho.*²⁰¹

Já sustentava Caio Tácito que “[a]s violações mais audaciosas à legalidade, afetando a finalidade da competência do administrador ou alicerçando-se em motivo falso ou inidôneo, somente podem ser aferidas mediante conhecimento judicial dos trâmites do ato censurado”²⁰², o que o constituinte quis assegurar seja realizado por meio do mandado de segurança, quando atendidos os demais pressupostos.

Ao concluir a abordagem a respeito da possibilidade do controle dos atos estatais — omissivos ou comissivos, sejam eles administrativos, legislativos ou jurisdicionais — notadamente sob o aspecto do abuso de poder, Celso Antônio Bandeira de Mello franqueou célebre passagem doutrinária em que afirma:

Com efeito: *a lei tanto pode ser ofendida à força aberta como à capucha. No primeiro caso o administrador expõe-se afoitamente à repulsa; no segundo, por ser mais sutil não é menos censurável. Vale dizer: a ilegitimidade pode resultar de manifesta oposição aos cânones legais ou de violação menos transparente, porém tão viciada quanto a outra. Isto sucede exatamente*

¹⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 971: “Outro pressuposto do mandado de segurança é a ilegalidade ou abuso de poder. Bastaria a menção à ilegalidade, que o abuso de poder já estaria compreendido no vocábulo.”

²⁰⁰ V. item do direito líquido e certo, *supra*.

²⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 117.

²⁰² TÁCITO, Caio. Ato administrativo – poder discricionário. RDA, 38/351.

quando a Administração, em nome do exercício de atividade discricionária, vai além do que a lei lhe permitia e, portanto, igualmente a ofende.

Esta forma de ilegalidade não é menos grave que a anterior. Pelo contrário. Revela maior grau de periculosidade para o sistema normativo e para a garantia da legalidade, justamente porque, não sendo tão perceptível, pode, às vezes, escapar das peias da lei, propiciando à Administração subtrair-se indevidamente ao crivo do Poder Judiciário, se este se mostrar menos atento às peculiaridades do Direito Administrativo ou cauteloso em demasia na investigação dos atos administrativos.

É, pois, precisamente em casos que comportam discricionariedade administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia última para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo.²⁰³⁻²⁰⁴

O que se há de ter por certo é que não há empecilho para que, pela via do mandado de segurança, seja impugnado ato eivado de abuso de poder e, portanto, nem mesmo o requisito *direito líquido e certo* pode ser invocado contrariamente à utilização do mandado de segurança em tais hipóteses.

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

Basta o histórico do mandado de segurança no Direito brasileiro para compreender bastante adequadamente que a garantia constitucional serve para a proteção de direitos fundamentais *contra atos praticados pelo Estado* ou por quem lhe faça as vezes.

Em rigor, advém do texto constitucional a regra que restringe o mandado de segurança para os casos em que “o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for

²⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 999.

²⁰⁴ No mesmo sentido: FERRAZ, Sérgio. O desvio de poder. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito administrativo*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 517/518: “Desvio de poder é uma ilegalidade disfarçada; é uma ilicitude com aparência de legalidade. Ao vício propriamente jurídico agrega-se o vício ético; o embuste, a intenção de enganar. Pelo desvio de poder violam-se, simultaneamente, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa. O desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que é um ilícito caracterizado pelo disfarce, pela aparência de legalidade, para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito, exigindo um especial cuidado por parte do Poder Judiciário.”

autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. Citando Castro Nunes, Arnaldo Wald afirma que “[o] mandado de segurança pressupõe um direito violado por ato da autoridade pública, constituindo, pois, um ‘meio de defesa do direito contra ato do Estado, como poder público’.”²⁰⁵

Daí dizer-se que a *autoridade coatora* é uma condição da ação: sem que o ato tenha sido praticado por autoridade, não há sequer *interesse jurídico* para utilização do mandado de segurança e, portanto, tem-se a carência de ação.

Em termos práticos, entretanto, o problema passa a ser a *correta indicação* da autoridade coatora na petição inicial do mandado de segurança.

O art. 1º da lei nº 12.106/09, que atualmente regulamenta o mandado de segurança, de certa forma parafraseia o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal²⁰⁶, tornando mais atual e até mais clara a norma dele advinda, mas o *caput* do art. 1º nada versa a respeito da identificação da autoridade coatora.

De acordo com o § 1º do art. 1º da lei nº 12.016/09, “[e]quiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições”. Curiosamente, *primeiro* a lei em vigor afirma quem se equipara a autoridade para *depois* indicar a regra de identificação da autoridade coatora no mandado de segurança.

De fato, é apenas mais adiante, no art. 6º, § 3º, que a lei nº 12.016/09 define este pressuposto do mandado de segurança:

Art. 6º. (...)

§ 3º. Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

²⁰⁵ WALD, Arnaldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 107.

²⁰⁶ “Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno, “o §3º [do art. 6º da lei nº 12.016/09], ao conceituar coatora como ‘...aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para sua prática’, parece querer voltar o mandado de segurança *indistintamente* ao mero *executor* do ato, isto é, àquele que *praticou* o ato indicado como coator *ou* àquele que expediu a *ordem* para a sua prática (ou abstenção)”²⁰⁷. A crítica é correta e necessária.

A despeito do que pode sugerir o texto legal, em rigor *não é indiferente* que a indicação da autoridade coatora aponte para o mero executor ou para quem tenha expedido a ordem para a prática do ato impugnado.

A compreensão deste pressuposto do mandado de segurança depende da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, pois é do art. 1º, § 2º, III, da lei nº 9.784/99 — que regula o processo administrativo no âmbito federal — que advém indicação do norte a ser seguido, notadamente ao definir autoridade como “o servidor ou agente público *dotado de poder de decisão*”.

A despeito da redação do art. 6º, § 3º, da lei nº 12.016/09, deve prevalecer a concepção alinhada ao art. 1º, § 2º, III, da lei nº 9.784/99, como se encontrava na jurisprudência²⁰⁸ e nas doutrinas de Lúcia Valle Figueiredo, Sérgio Ferraz, Cassio Scarpinella Bueno, Carlos Alberto Menezes Direito, acompanhando Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar F. Mendes, para os quais:

Deve-se distinguir *autoridade pública* do simples *agente público*. Aquela detém, na ordem hierárquica, *poder de decisão* e é competente para praticar *atos administrativos decisórios*, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; o *agente público* não pratica atos decisórios, mas simples *atos executórios*, e, por isso, não está sujeito ao mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior. (...) O simples *executor* não é coator em sentido legal; coator é sempre aquele que *decide*, embora muitas vezes

²⁰⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28.

²⁰⁸ STF-Pleno. MS 24.927/RO, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28/09/05; STJ-1ª S. MS 9.507/DF. Rel. Min. Teori Zavascki, j. 09/06/04; STJ-3ª T. RMS 17.555, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16/03/04; STJ-1ª S. MS 7.843/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20/02/07; STJ-1ª S. MS 15.852-AgRg. Rel. Min. Arnaldo Esteves. J. 23/05/12.

também execute sua própria decisão, que rende ensejo à segurança. *Atos de autoridade*, portanto, são os que trazem em si uma decisão, e não apenas uma execução.²⁰⁹

Alinhando-se integralmente à corrente acima declarada, segundo a qual na categoria *autoridade* “não entra quem se comporta como *mero executor* de ato ordenado por outrem, ainda que aja na qualidade de servidor público”²¹⁰, Humberto Theodoro Júnior afirma a validade da indicação, como autoridade coatora, tanto da *autoridade* — no sentido de quem detém o poder de decisão e de correção — quanto do executor, explicando que a finalidade do art. 6º, § 3º, da lei nº 12.016/09 é evitar percalços — v.g. indeferimento da petição inicial e denegação da ordem — em razão de ter sido apontado este último (mero executor do ato impugnado) em vez daquela (a autoridade coatora).²¹¹

Embora a lei do mandado de segurança busque facilitar a impetração do mandado de segurança e a preservação do processo em caso de equívoco na indicação da autoridade coatora — e isso tenha produzido efeitos práticos, v. STJ-3ª T., MS 15.040/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 10/08/11²¹² —, fato é que ainda prevalece — e há de prevalecer, em nome da coerência do Direito — o entendimento de que *autoridade* coatora é o agente público com poder de decisão, v.g. STJ-2ª T., RMS 36.836, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19/06/12; STJ-1ª T., RMS 30.561/GO, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 14/08/12²¹³; STJ-1ª T., RMS 37.657/PE, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 01/10/2015²¹⁴.

²⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar F. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 33/34.

²¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do mandado de segurança comentada: artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 194.

²¹¹ *Ibidem*, p. 193.

²¹² “A autoridade no Mandado de Segurança não é somente aquela que emitiu a determinação ou a ordem para a prática do ato, mas também a que o executa diretamente, conforme orienta o art. 6º, § 3º da nova Lei do Mandado de Segurança. Precedentes desta Corte.”

²¹³ “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. MERA EXECUTORA DE DECISÃO PROFERIDA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”

²¹⁴ “3. Daí que o instrumento normativo que atualmente regula o mandado de segurança, a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, estipula, por seu art. 6º, § 3º, ser autoridade coatora ‘aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática’, dispositivo legal que, apesar da aparente alternativa, requer interpretação sistêmica, não podendo prescindir de conjugação com as normas que disciplinam a própria atuação administrativa do agente público.

4. Como se recolhe da autorizada doutrina, ‘O mero executor material do ato, que apenas cumpre as ordens que lhe são dadas, não lhe cabendo questioná-las, não pode ser entendido como autoridade

A melhor interpretação que vislumbramos para o texto do parágrafo 3º do art. 6º da Lei nº 12.016/2009 não é a que leva à indiferença quanto à legitimidade passiva entre o agente público que detém o poder de decisão e aquele que se mostra mero executor do ato.

O que nos parece correto é compreender que, ao prever a legitimidade passiva do que “tenha praticado o ato”, a lei diz menos do que deveria ou não é tão clara quanto poderia; se por um lado o mero executor não se enquadra no conceito de *autoridade coatora*, quando é seu superior que determinou o ato ou pode corrigi-lo, por outro lado há uma situação bastante específica em que o legitimado é, sim, o executor do ato: *quando o ato é praticado por autoridade incompetente, “contra ela cabe a impetração, já que é a responsável pela ilegalidade, cabendo-lhe a obrigação de desfazer o ato se o mandado for concedido”*²¹⁵, conforme de fato tem ocorrido, como evidenciam acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina — Ap. em MS n. 2014.009101-1, Rel. Des. João Henrique Blasi, j. 03/06/2014 e Reexame Necessário no MS n. 2011.042615-0, Rel. Des. Ricardo Roesler, j. 30.8.2011²¹⁶ — e do Superior Tribunal de Justiça — RMS n. 6.894/PA, Rel. Min. José Dantas, j. 25.02.1997²¹⁷.

coatora’ (BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47-8). 5. Não ostenta legitimidade passiva na ação mandamental o agente público desprovido do poder de decisão sobre o ato que pratica, do que resulta o acerto do acórdão recorrido, ao compreender que o Presidente do TRF-5 não agiu com poder decisório, mas unicamente como executor material de determinação oriunda do Tribunal de Contas da União.”

²¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 971.

²¹⁶ FUX, Luiz. *Mandado de segurança*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 47: “...é autoridade coatora: (i) quem ordena o ato, ainda que incompetente para a sua prática (...); (ii) quem adota o comportamento coator por deliberação própria (...)”

²¹⁷ “MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. – Autor do ato administrativo. Ainda que marcadamente incompetente para a prática do ato administrativo acimado, por essa prática a autoridade responde passivamente no âmbito do mandado de segurança.”

5. ANÁLISE DOS ENUNCIADOS SUMULARES 269 E 271 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS RESPECTIVOS ANTECEDENTES

5.1. Considerações iniciais

O enunciado de uma súmula, qualquer que seja, deve valer menos pelo que dela consta textual, expressa e objetivamente, e mais pelo conteúdo que dela se consegue extrair — ou a partir dela se consegue *construir* —, observada a finalidade de sua criação: resumir — *sumular* — decisões reiteradas em um mesmo sentido.

Vem daí a preocupação hoje estampada no art. 926, § 2º, do Código de Processo Civil, segundo o qual “[a]o editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Embora, em rigor, se possa afirmar que o dispositivo seja dispensável, reforça-se a vinculação dos tribunais e dos intérpretes aos julgados que deram origem aos enunciados sumulares.

5.2. O enunciado da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal

Marcada pela redação extremamente breve, eis o enunciado da Súmula 269, aprovado em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963: “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.”

Ao longo do tempo, a aplicação prática da Súmula 269 tem levado a resultados conflitantes e é possível afirmar que, em boa parte, isto decorra de sua redação e de sua má interpretação, que tem sido distanciada dos acórdãos que a antecederam.

Ao se limitar aos dizeres de que “[o] mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”, o enunciado presume serem inequívocos, indubitáveis mesmo, os elementos que caracterizam a ação de cobrança. Tal presunção, na prática forense, se mostrou errônea ou permitiu a má utilização do enunciado sumular, que pode ter sido deturpado em favor da tão conhecida quanto criticada jurisprudência defensiva.

5.3. Antecedentes da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal

5.3.1. STF-Pleno, ROMS nº 10.149/DF, Rel. Min. Victor Nunes, j. 17/08/62

O primeiro julgado apontado como antecedente da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal foi pelo não provimento de recurso interposto contra acórdão do Tribunal Federal de Recursos que confirmou sentença de denegação da ordem requerida por funcionário municipal aposentado que também era 1º Tenente reformado e pretendia acumulação de proventos, para o que invocou o art. 1º da lei nº 2.752/56.²¹⁸

De acordo com o acórdão que confirmou a sentença denegatória, referido dispositivo legal “apenas permite a acumulação da percepção dos proventos pagos pelos cofres públicos, com aqueles pagos pelas entidades de Previdência Social, isto é, Institutos e Caixas de Aposentadoria”, razão pela qual assim concluiu:

E como não é disso que se trata na espécie dos autos, pois o Impetrante não é aposentado por Caixa ou Instituto, mas, sim, percebe proventos dos cofres públicos, nenhum direito líquido e certo tem êle para obter a segurança que impetrou.

O voto condutor do acórdão do Supremo Tribunal Federal é limitado a isto:

Não se trata de um pedido de segunda aposentadoria, mas de uma verdadeira ação de cobrança de proventos de reforma militar. A esses proventos, por força da lei de desacumulações, o impetrante renunciou há muitos anos, pretendendo que tem, de novo, direitos aos mesmos. O pedido não é, pois, daqueles que se enquadram em mandado de segurança, pois apropriada é a via ordinária.

Além disso, foi mal fundamentado, porque se apoiou na L. 2.752, de 10.4.56, que se refere à dupla aposentadoria, isto é, à acumulação de proventos pagos por instituição previdenciária e pelo Tesouro nacional. Não é esse o caso. Nego provimento, sem me pronunciar sobre o merecimento da pretensão.

²¹⁸ “Art. 1º É permitida aos funcionários e servidores públicos, civis e militares, a percepção cumulativa de aposentadoria, pensão ou quaisquer outros benefícios devidos pelas instituições de previdência e assistência social com os proventos de disponibilidade, aposentadoria ou reforma (Decreto-lei nº 2.004, de 7 de fevereiro de 1940, e Decreto-lei nº 8.821, de 24 de janeiro de 1946), sem qualquer limite ou restrição.

Parágrafo único. As vantagens desta lei beneficiarão aos que não perderam a condição de servidor ou funcionário público ao ser instalado o regime autárquico.”

Embora diminuto, o voto condutor fornece indícios seguros de que, no caso, a denegação da ordem pleiteada se deu em razão de uma série de fatores que esvaziavam o direito líquido e certo — o impetrante perseguia o reconhecimento de direito ao qual teria renunciado, gerando dúvida sobre o direito reclamado, e, além disso, houve equivocada indicação do fundamento legal —, *mas não porque seria vedada a produção de efeitos patrimoniais por meio do mandado de segurança.*

Tendo restado impossível a comprovação de plano dos fatos alegados pelo impetrante, a que se somou a indicação errônea do fundamento legal, claramente ao mandado de segurança em questão faltava o requisito do direito líquido e certo. Em rigor, o que impediu o acolhimento da pretensão não foram os possíveis efeitos patrimoniais, mas a carência de condição da ação do mandado de segurança.

5.3.2. STF-Pleno, ROMS nº 10.065/GB, Rel. Min. Victor Nunes, j. 17/08/62

Foi levado a julgamento, em recurso ordinário em mandado de segurança, caso em que o impetrante-recorrente perseguia o reconhecimento do direito de receber diferença de vencimentos a período pretérito.

O impetrante havia exercido cargo em comissão, depois afastou-se para ocupar cargo efetivo de dentista padrão “O” e, quando ingressou em juízo, já ocupando novamente o cargo em comissão reivindicou, em mandado de segurança, o pagamento da diferença entre os vencimentos dos cargos citados, durante o período pretérito de afastamento do cargo em comissão.

A sentença foi pela denegação da segurança porque o mandado de segurança não serviria à constituição do crédito pleiteado, a qual foi mantida pelo Tribunal de Recursos. No Supremo Tribunal Federal, o voto condutor é de apenas um parágrafo, que se limita a dizer isto:

De acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral da República, nego provimento ao recurso, pelos fundamentos da sentença do ilustre Juiz Marcelo Santiago Costa, que foram adotados pelo Tribunal Federal de Recursos. O mandado de segurança não é substitutivo da ação de cobrança.

No caso, bastante evidente que o acórdão afirma ser caso de denegação da ordem pleiteada por falta de direito líquido e certo porquanto o Impetrante buscava a *constituição de um direito*, sendo viável apenas o ajuizamento de ação pelo rito ordinário, não havendo afirmação no sentido de que o insucesso do impetrante decorra de eventual óbice aos efeitos patrimoniais isoladamente considerados.

5.3.3. STF- Pleno, ROMS nº 10.629/PB, Rel. Min. Ary Franco, j. 11/03/63

O terceiro acórdão que teria motivado a aprovação do enunciado sumular 269 do Supremo Tribunal Federal foi proferido em uma única página, somando relatório, fundamentação e dispositivo, cuja redação enseja dúvidas sérias a respeito até mesmo da compreensão da matéria *sub judice* pelo relator, conforme se vê da transcrição abaixo:

Sr. Presidente, a recorrente se julgada com direito a uma subversão (*sic*) que está consignada no orçamento do Ministério da Saúde, no valor de Cr\$ 450.000,00, e outra do Ministério da Educação de Cr\$ 150.000,00.

O Governo, não pagando a subversão (*sic*), impetrou ele mandado de segurança. A decisão lhe foi desfavorável. E o Tribunal Federal de Recursos confirmou a decisão de primeira instância, decidindo:

“O mandado de segurança não é meio de pedir vantagens econômicas pretéritas, nem de declaração de direito em tese”.

Este o caso, sobre o qual se manifesta contrariamente ao provimento do recurso, a doutra Procuradoria Geral da República.

É o relatório.

Meu voto é confirmando a decisão recorrida. Pacífico, entre nós, que o mandado de segurança não se destina à obtenção de vantagens econômicas pretéritas.

Nego provimento ao recurso.

Além da reiterada falha redacional acima destacada, há de se reconhecer a singeleza do voto, que não se atém a qualquer formalidade ao manter a decisão recorrida sob o parco fundamento de que o mandado de segurança “não se destina à obtenção de vantagens econômicas pretéritas”, sem expor uma só razão de fato ou de direito, nem mesmo um julgado da Corte nesse sentido.

A utilização de um acórdão de tais características como antecedente de um enunciado sumular enseja reflexão, pois estando certa ou errada a solução final do acórdão, a escolha pode dar aparência de legitimidade para as maiores arbitrariedades: um acórdão sem qualquer respeito aos requisitos constitucionais de fundamentação não pode ser invocado como antecedente de um enunciado sumular e, assim, tendo ignoradas suas fragilidades, legitimar uma série de outras decisões que venham a ser proferidas com esteio na referida Súmula.

A norma do art. 926, § 2º, do Código de Processo Civil, em casos como o ora analisado, é de extrema relevância para que, de um enunciado mal redigido ou não condizente com os acórdãos originários, não se extraíam regras inovadoras e abusivas.

5.3.4. STF-Pleno, ROMS nº 6.747, Rel. Min. Victor Nunes, j. 27/05/63

O mandado de segurança foi impetrado por professores concursados, aprovados pela Prefeitura do Estado da Guanabara, para preenchimento de vagas do ensino técnico.

Após a aprovação dos impetrantes, sobreveio lei municipal determinando a efetivação de todos os professores interinos, o que foi cumprido pelo Prefeito.

O cumprimento da lei municipal ensejou a preterição dos candidatos aprovados, que ingressaram em juízo para pleitear o direito à nomeação e a constituição dos direitos patrimoniais, em igualdade com os interinos nomeados, desde a nomeação destes.

A partir de voto que não preenche uma página, o Pleno do Supremo Tribunal Federal se limitou a acolher tese da Prefeitura, apoiada na doutrina de Castro Nunes, afirmando:

...o mandado de segurança não produz, diretamente, efeitos patrimoniais pretéritos, mas a antecedência da investidura dos aprovados relativamente à efetivação dos interinos acarreta outras consequências jurídicas, independentemente do pagamento de atrasados. Quanto a estes, os recorrentes não têm razão, porque devem pleiteá-los, ou na via administrativa, ou mediante ação direta, mas no tocante a efeitos não patrimoniais é incontestável que sua nomeação deve ser considerada anterior à efetivação dos interinos.

O voto condutor do quarto acórdão que antecedeu a Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal, como se pode notar, não expõe o necessário fundamento, constitucional ou legal, para a restrição imposta aos efeitos patrimoniais pretéritos. Afirma-se a conclusão (“o

mandado de segurança não produz, diretamente, efeitos patrimoniais pretéritos”), mas não se declina o motivo, de fato ou de direito, que a justifica e legitima.

5.3.5. Constatações preliminares

De pronto, constata-se considerável hiato entre a Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal e os acórdãos indicados como autorizadores da aprovação daquele enunciado, pois tratam de casos consideravelmente distintos, cujos julgamentos não se deram essencialmente no mesmo sentido ou com apoio nas mesmas razões de decidir e/ou nos mesmos fundamentos constitucionais ou legais.

Em verdade, o primeiro acórdão denega a ordem em razão da falta de direito líquido e certo, dadas as dúvidas a respeito dos fatos — o impetrante havia renunciado ao direito então reclamado — e até mesmo do direito — houve indicação da legislação errada —. *Jamais se afirmou que efeitos patrimoniais seriam exclusividade de ação de cobrança, mas que, no caso, faltavam requisitos próprios do mandado de segurança.*

O segundo acórdão trata da denegação da ordem, por ausência de direito líquido e certo, porquanto o impetrante busca *a constituição do direito de receber um crédito cujo valor seria a diferença entre os vencimentos dos cargos ocupados*. O que se vê, entretanto, é que no acórdão inexistem elementos seguros que permitam afirmar quais os critérios de distinção entre mandado de segurança e de ação de cobrança; e mais: o acórdão menciona, ainda, como empecilho à concessão da ordem, o fato de a pretensão dizer respeito a período pretérito à impetração. A partir disso, pode-se cogitar que a vedação seria para a produção de efeitos patrimoniais relacionados a períodos anteriores à impetração, mas, novamente, o acórdão não expõe as razões de fato e de direito para recusar tais efeitos ao mandado de segurança. *O acórdão tem fundamentação aparente, mas carece de fundamentação substancial.*

O terceiro acórdão também justifica a preocupação, visto que se limita a manter o acórdão recorrido sob a justificativa de que “entre nós”, disse o E. Relator, seria pacífico “que o mandado de segurança não se destina à obtenção de vantagens econômicas pretéritas”, sem declinar qualquer fundamento fático ou legal, sequer um caso precedente, tampouco tentou demonstrar que a solução de direito “pacífica” seria aplicável ao caso concreto.

Por fim, o quarto acórdão também deixa dúvidas a respeito dos possíveis efeitos da sentença do mandado de segurança, pois permite a retroatividade dos efeitos não patrimoniais, ao passo que os efeitos patrimoniais pretéritos seriam vedados. A razão dessa diferenciação, no entanto, não é apresentada.

Afinal, qual o argumento que legitima a distinção entre os efeitos patrimoniais e os não patrimoniais? Qual a justificativa para impedir que a sentença do mandado de segurança desde logo produza efeitos patrimoniais referentes a período anterior à impetração? Seria este, o temporal, o elemento discriminatório entre o mandado de segurança e a ação de cobrança, para fins de interpretação da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal? Essas são apenas algumas, dentre tantas outras, das dúvidas que surgem e, em seguida, serão enfrentadas.

5.4. O enunciado da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal

Em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, o Supremo Tribunal Federal aprovou o enunciado da Súmula 271, cuja redação é a seguinte: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.”

A partir da aprovação deste enunciado, os Tribunais se acostumaram a aplicar, conjunta e indistintamente, as Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, como um pacote uno, indivisível e intransponível para os mandados de segurança cujas procedências pudessem levar à produção de efeitos patrimoniais, mormente quando referentes a períodos anteriores à impetração.

Conforme demonstrou o breve exame dos antecedentes da Súmula 269, os acórdãos não cumpriam o *mister* de desenvolver, minimamente, a distinção entre mandado de segurança e ação de cobrança, inviabilizando o manejo da garantia constitucional por decisões que, em rigor, revelam nítida ausência de fundamentação.

Curiosamente, não pareceu suficiente aprovar enunciado sumular afirmando que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança. O Supremo Tribunal Federal

aprovou a Súmula 271 para firmar também o entendimento de que a concessão do mandado de segurança só produziria efeitos patrimoniais referentes ao período posterior à sua impetração.

Parecia desnecessário, a partir de então, perquirir se o Direito legitimava ou não os efeitos patrimoniais pretéritos, mas é justamente este o desafio do estudo agora em diante.

5.5. Antecedentes da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal

5.5.1. RE 48.567/CE, Rel. Min. Victor Nunes, j. 15/05/62

O primeiro dos julgados é proveniente de Recurso Extraordinário interposto pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos (IAPFESP); a parte contrária era composta por Gerson Linhares de Souza e outros.

No caso, os impetrantes (recorridos) reclamaram, por meio de mandado de segurança, a atualização de seus proventos, o que foi concedido em sentença, posteriormente confirmado em acórdão que julgou o recurso do IAPFESP.

Ao recorrer ao Supremo Tribunal Federal, o IAPFESP alegou “quanto ao direito alegado, que não está obrigado a se antecipar ao Tesouro Nacional, de quem é mero delegado para o pagamento em questão” e “quanto ao rito, que não cabe mandado de segurança para se exigir pagamento”.

O voto condutor do acórdão, que deu provimento ao recurso, foi redigido pelo E. Min. Victor Nunes Leal, em que afirma, para o que importa ao estudo em curso, o seguinte:

Resta a considerar a parte do provimento que se refere ao pagamento propriamente dito das diferenças de proventos reclamadas pelos impetrantes. Sem dúvida, consequências de ordem patrimonial podem advir da concessão de mandado de segurança, por via indireta; mas não se pode obter, pelo mandado de segurança, diretamente, uma ordem de pagamento.

Com o provimento do recurso, o Supremo Tribunal Federal excluiu do acórdão recorrido a ordem de pagamento, mantendo a ordem de lavratura de apostilas. De todo modo, é interessante notar que nesta decisão o Supremo Tribunal Federal reconheceu ser possível o

efeito patrimonial do mandado de segurança, ainda que o reputando indireto, o que deve ser considerado nos próximos passos do estudo em curso.

5.5.2. AI 26.672/SP, Rel. Min. Victor Nunes, j. 12/03/63

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre caso proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, que, com fundamento no art. 34 da Lei nº 920/53 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado), havia concedido a segurança para anular ato administrativo que mandou servirem em coletorias do interior os impetrantes, assessores técnicos, anteriormente lotados em Natal e em Mossoró.

No recurso aviado ao Supremo Tribunal Federal, o Estado do Rio Grande do Norte impugnou a parte final do acórdão proferido pelo Tribunal Estadual, por atribuir ao mandado de segurança efeitos de ação de cobrança, *verbis*: “Para o integral cumprimento dêsse julgado inclui-se a efetuação (...) do pagamento aos impetrantes de sua remuneração nos seus mencionados cargos, quer quanto aos meses já vencidos, e quer quanto aos subsequentes”.

Negado seguimento ao Recurso Extraordinário, o Estado do Rio Grande do Norte interpôs Agravo de Instrumento, de cujo acórdão assim constou:

Dou, contudo, provimento ao agravo na parte em que considera exorbitante o deferimento da segurança para efeito de mandar pagar atrasados aos impetrantes, correspondentes a diferença de remuneração. Já temos decidido numerosas vezes que o mandado de segurança não pode suprir a ação de cobrança. Para melhor exame dêsse aspecto, no caso concreto, dou provimento ao agravo.

Trata-se de mais um caso, portanto, em que a parte impetrante perseguia o reconhecimento de crédito e o pagamento de diferenças de remuneração, o que o Supremo Tribunal Federal sistematicamente afirmou não ser admissível pela via do mandado de segurança, mas, como em todos os demais acórdãos, não se encontra externado o fundamento de fato ou de direito para tal impossibilidade. Pode haver fundamentação *aparente*, mas definitivamente *não há fundamentação substancial*.

5.5.3. ROMS 6.747/GUANABARA, Rel. Min. Victor Nunes, j. 27/05/63

Este acórdão já foi analisado, pois é indicado como antecedente tanto da Súmula 269 quanto da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal. Trata-se do mandado de segurança impetrado por professores concursados, aprovados pela Prefeitura do Estado da Guanabara, para preenchimento de vagas do ensino técnico.

Após a aprovação dos impetrantes, sobreveio lei municipal determinando a efetivação de todos os professores interinos, o que foi cumprido pelo Prefeito.

O cumprimento da lei municipal ensejou a preterição dos candidatos aprovados, que ingressaram em juízo para pleitear o direito à nomeação e a constituição dos direitos patrimoniais, em igualdade com os interinos nomeados, desde a nomeação destes.

Em voto que não preenche uma página, o Pleno do Supremo Tribunal Federal se limitou a acolher tese exposta pela Prefeitura, apoiada na doutrina de Castro Nunes, afirmando:

...o mandado de segurança não produz, diretamente, efeitos patrimoniais pretéritos, mas a antecedência da investidura dos aprovados relativamente à efetivação dos interinos acarreta outras consequências jurídicas, independentemente do pagamento de atrasados. Quanto a estes, os recorrentes não têm razão, porque devem pleiteá-los, ou na via administrativa, ou mediante ação direta, mas no tocante a efeitos não patrimoniais é incontestável que sua nomeação deve ser considerada anterior à efetivação dos interinos.

O voto condutor, vale repetir, não expõe o necessário fundamento fático ou jurídico, constitucional ou legal, para a restrição imposta aos efeitos patrimoniais pretéritos.

5.5.4. Constatações preliminares

Prontamente se pode formular crítica bastante similar à que se fez em relação aos acórdãos que antecederam a Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal: *as soluções jurídicas são impostas sem a exposição do raciocínio idôneo que as amparem, sem declinar adequadamente as razões de fato ou de Direito que as sustentam*. Chega-se a determinada solução para o problema, mas não se sabe o motivo de ser aquela a solução correta.

Assim, tem-se que a Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal — “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria” — decorre de três acórdãos, a saber: (i) o primeiro afirma que não se pode obter ordem de pagamento por meio de mandado de segurança; (ii) o segundo veda pagamento de atrasados sob o argumento de que mandado de segurança não é ação de cobrança, restando implícita as notas distintivas de cada qual; e (iii) o terceiro que o mandado de segurança produz efeitos *não patrimoniais* pretéritos, mas os *patrimoniais* apenas a partir da impetração, devendo a parte reclamar os valores pretéritos na via administrativa ou mediante “ação direta”.

Analisados os antecedentes da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal, apenas *aumenta o número de questionamentos a respeito dos fundamentos de fato e de Direito que legitimam o tratamento diferenciado entre os efeitos patrimoniais (que não podem ser anteriores à data da impetração) e os não patrimoniais (que podem retroagir), bem como os traços distintivos, para os devidos fins, do mandado de segurança e da ação de cobrança.*

Quando o mandado de segurança pode produzir efeitos patrimoniais? Por que tais efeitos só poderiam, como consta da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal, ser produzidos a partir da impetração, não retroagindo como se admite para os efeitos não patrimoniais? Responder a essas dúvidas também é primordial para a correta aplicação das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, sob pena de amputação desta garantia constitucional.

6. A PROGRESSIVA SUPERAÇÃO DOS ENUNCIADOS DAS SÚMULAS 269 E 271 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após a exposição dos enunciados sumulares e de seus respectivos antecedentes, cujas vagueza e abstração são costumeiramente utilizados como artifícios para limitar os efeitos e o alcance do mandado de segurança, importante considerar informações que conflitam ou complementam o cenário jurídico em exame, enriquecendo-o e fazendo emergir constatações mais seguras, seja pela confirmação ou pela eliminação de hipóteses.

Desta forma, busca-se conhecer, com maior precisão, os contornos e as nuances das restrições legitimamente impostas pelas Súmulas 269 e 271, ou seja, de acordo com o já referido modelo constitucional do mandado de segurança.

6.1. A lei federal nº 4.348, de 26 de junho de 1964

Relata Arnoldo Wald que, desde o fim de 1962, “o Poder Executivo se preocupou em restringir o uso do mandado de segurança para defesa dos direitos dos funcionários públicos que, através dele, obtinham a reclassificação, a equiparação a outros funcionários e o reconhecimento de direitos a vencimentos ou gratificações”²¹⁹.

Nesse sentido, o *caput* do art. 5º da lei federal nº 4.348, de 26 de junho de 1964, proibiu a concessão de liminar em mandado de segurança que visasse à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens, esclarecendo, ainda, no parágrafo único, que a execução dos mandados de segurança naquelas hipóteses se daria apenas após o trânsito em julgado da sentença.

Desta simples previsão legislativa se extrai a confirmação de que, desde o início, havia reconhecimento em lei de que pretensões de cunho pecuniário não eram apenas possíveis, mas, tamanha sua abrangência, justificou (sem juízo de mérito) a superveniência de lei *restringindo* os efeitos da regra geral do mandado de segurança, limitando-os quando impetrados por servidores públicos para os fins do art. 5º da lei federal nº 4.348/1964.

²¹⁹ WALD, Arnoldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 90.

6.2. A lei federal nº 5.021, de 9 de junho de 1966

Em junho de 1966, foi promulgada a lei federal nº 5.021, dispondo a respeito do “pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil.”

Por si só, a promulgação de lei neste sentido tem — ou *deveria ter* — o condão de afastar qualquer dúvida a respeito da possibilidade de, por meio de mandado de segurança, ser veiculada pretensão de índole pecuniária. A possibilidade é uma conclusão lógica, pois, se do texto de uma lei se há de presumir que não há palavras inúteis, com ainda mais razão se há de interpretar as leis presumindo sua utilidade, sua coerência com o sistema jurídico.

Em seus cinco artigos, a lei nº 5.021/1966 não apenas veio confirmar a possibilidade dos efeitos patrimoniais do mandado de segurança, mas também positivou novas regras para o cumprimento de sentença concessiva de segurança ao dispor o seguinte:

Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

§ 1º - VETADO

§ 2º Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão, encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acôrdo com as normas em vigor.

§ 3º A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculos (artigos 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acôrdo com o art. 204 da Constituição Federal.

(...)

A partir de então, passou a prevalecer o seguinte: o pagamento dos vencimentos e vantagens assegurados na sentença do mandado de segurança teriam cumprimento imediato no que diz respeito às obrigações vencidas a partir da impetração (*caput*); havendo prestações vencidas antes da impetração, incidiria o § 3º, cabendo proceder à liquidação e à execução nos

moldes do art. 100 da Constituição Federal²²⁰⁻²²¹. Dúvida não poderia mais haver, no entanto, sobre a *possibilidade* de o mandado de segurança produzir efeitos patrimoniais e acarretar pagamentos.

De fato, vozes importantes se manifestaram, em uníssono, afirmando a superação da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal, tendo a sentença funções declaratória e sancionadora quanto aos atrasados, mas sem ordem direta e específica própria das decisões mandamentais, a exemplo de Sérgio de Andréa Ferreira²²², Lúcia Valle Figueiredo²²³ e Cassio Scarpinella Bueno²²⁴.

Ainda que outras tantas conclusões possam ser extraídas a partir do texto da lei federal nº 5.021/66, para o que importa ao presente estudo é que ela infirma — ou, quando menos, *relativiza sobremaneira* — os dizeres do E. Min. Victor Nunes que, na oportunidade do julgamento do RE 48.567, afirmou que “[n]ão se pode obter, pelo mandado de segurança, diretamente, uma ordem de pagamento”.

Ainda que não sejam poucas as decisões que incorporem o teor da afirmação do E. Min. Victor Nunes, fato é que deve prevalecer a norma legal: ainda que sob determinadas condições, pode-se *sim* obter ordem de pagamento por meio do mandado de segurança.

6.3. O art. 14, § 4º, da lei federal nº 12.016/09

Atualmente, o mandado de segurança é regido pela lei nº 12.016/2009, em cujo art. 14, § 4º, claramente aludindo ao que constava das leis nºs 4.348/1964 e 5.021/1966, lê-se:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.
(...)

²²⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 85.

²²¹ STF. ARE 639.219/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, j. 21/08/2012: “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que os débitos da Fazenda Pública oriundos de decisão concessiva de mandado de segurança devem ser pagos pelo regime de precatório.”

²²² FERREIRA, Sérgio de Andréa. O mandado de segurança e as inovações da lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/82y373.pdf>. Acesso em 12/05/2019, às 21:34hs.

²²³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 219/221.

²²⁴ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 298 e ss.

§ 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

Além das considerações já tecidas logo acima, no sentido de que o comando legal desmistifica a cogitada impossibilidade de se perseguir efeito patrimonial ou pagamento por meio de mandado de segurança, algo mais há de ser tratado.

Incidem, aqui, as premissas hermenêuticas e metodológicas abordadas no item 3: em nosso Estado de Direito, a regência do princípio da legalidade impede que a legislação extrapole os limites da Constituição Federal, tornando juridicamente inadmissível eventual interpretação de o art. 14, § 4º, da lei federal nº 12.016/2009 teria autorizado o manejo do mandado de segurança, para tratar de pagamentos, apenas na hipótese ali descrita. E a do item 3.7, *supra*, que determina a interpretação ampla das garantias constitucionais, força sempre à interpretação de que, inexistindo previsão constitucional expressa em contrário, devem ser extraídos os maiores alcance e profundidade possíveis das garantias constitucionais.

Por isso, o silêncio da Constituição Federal a respeito de eventual restrição é eloquente e legítima a conclusão de que *a norma constitucional permite, de maneira abrangente e indistinta, os efeitos patrimoniais* e, derivando de leis como as de nºs 4.348/1964 e 5.021/1966, o art. 14, § 4º, da lei nº 12.016/2009 pretende *restringi-los* nas hipóteses que especifica.²²⁵

À luz da história do surgimento do mandado de segurança e da abrangência que a Constituição Federal confere àquela garantia constitucional, tida inclusive como “o melhor dos instrumentos jurídicos que defende o homem contra o poder público, tendo assumido a sucessão do *habeas corpus* em relação a todos os casos que não se referem à liberdade de locomoção”²²⁶, não se pode concluir que o art. 14, § 4º, da lei federal nº 12.016/2009 veicularia previsão excepcional de cabimento dos efeitos patrimoniais, mas, isto sim, de *não cabimento*.

²²⁵ WALD, Arnaldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 90.

²²⁶ *Ibidem*, p. XI.

A interpretação do art. 14, § 4º, da lei nº 12.016/2009 não pode ensejar iniquidades ou entendimentos que afrontem a razoabilidade. Portanto, seria contrário à Constituição Federal supor que a legislação ordinária beneficiaria apenas os servidores públicos, autorizando-os a obter efeitos patrimoniais por meio de mandado de segurança quando aos demais cidadãos inexistiria tal possibilidade, restando apenas o rito comum. A possibilidade é dada a todos, indistintamente, em razão da inexistência de norma constitucional que limite o alcance do mandado de segurança, que deve ser interpretado nos moldes do item 3.7, *supra*.

Portanto, observado o princípio da isonomia, a conclusão que se nos afigura correta é a de que o art. 14, § 4º, da lei federal nº 12.016/2009 buscou regulamentar *um grupo de situações* (referentes aos servidores públicos) dentre todas as demais, em que a Constituição Federal legitima o mandado de segurança veicular pretensão pecuniária.

Problema interessante, mas que extrapola os fins deste estudo, é o da (in)constitucionalidade dessa distinção prejudicial aos servidores públicos. O que interessa e deve ser afirmado é que, respeitados os pressupostos constitucionais, a legislação reconhece ser *possível* buscar pagamentos por meio de mandado de segurança.

6.4. Decisões relevantes

Além da lei nº 5.021/66, outras peças importantes hão de ser postas sobre o tabuleiro a ser analisado, dentre as quais estão decisões que versam sobre pretensões patrimoniais veiculadas em sede de mandados de segurança.

6.4.1. STF-2ª T., RMS 24.953/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 14/09/04

Aos 14 de setembro de 2004, sob a relatoria do E. Min. Carlos Velloso, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal julgou o recurso ordinário em mandado de segurança nº 24.953/DF.

Interposto por dois ex-servidores militares, por meio do recurso se buscava a determinação para que o Ministro de Estado da Justiça, dando cumprimento às Portarias 1.861/2002 e 2.817/2002, implementasse o pagamento da reparação econômica mensal,

permanente e continuada, além de se abster de negar aos impetrantes e recorrentes o direito à assistência médico-hospitalar e aos demais benefícios indiretos previstos na lei nº 10.559/2002.

O mandado de segurança havia sido concedido em parte: a denegação parcial foi justamente quanto à concessão das parcelas retroativas, sob o pretexto de que “o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”, invocando-se a Súmula nº 269 do Supremo Tribunal Federal.

Do Parecer do Ministério Público Federal, favorável ao provimento do recurso, constata-se que o teor das citadas Portarias foi determinante para a conclusão sobre o preenchimento do requisito do direito líquido e certo, uma vez que se reconhecia expressamente o titular do direito e o valor a ser pago²²⁷⁻²²⁸.

O referido Parecer Ministerial considerou também o fato de que “todas as etapas administrativas foram devidamente observadas, existindo, inclusive, recursos orçamentários para a satisfação das Portarias”, razão pela qual concluiu: “Com efeito, a obrigação que diretamente decorre do pedido é uma obrigação de fazer, consubstanciada na efetivação de um direito já reconhecido, não se assemelhando a uma ação de cobrança.”

Acolhendo integralmente o Parecer Ministerial como razões de decidir, o voto condutor se limitou a afirmar que “não se tem, no caso, ação de cobrança. O que se pretende, mediante a presente ação de mandado de segurança, é que seja sanada a omissão da autoridade coatora, que não deu cumprimento integral às Portarias do Ministro da Justiça”, tendo sido assim ementado o acórdão:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR: ANISTIA.
MANDADO DE SEGURANÇA.

²²⁷ No caso Portaria nº 1.861/2002, o Ministro de Estado da Justiça declarava Thomaz José Angelo anistiado político e lhe concedia reparação econômica com “efeitos financeiros retroativos a partir de 22.10.96 até a data do julgamento em 31.10.2002, totalizando 72 (setenta e dois) meses e 10 (dez) dias, perfazendo um total de R\$ 244.125,00 (duzentos e quarenta e quatro mil, cento e vinte e cinco reais)”.

²²⁸ Por meio da Portaria nº 2.817/2002, o Ministro de Estado da Justiça declarava Mário Biggi anistiado político e lhe concedia reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada, no valor de R\$ 3.375,00, com efeitos financeiros retroativos a partir de 22.11.96 até a data do julgamento em 31.10.2002, totalizando 71 (setenta e um) meses e 09 (nove) dias, perfazendo um total de R\$ 240.637,50 (duzentos e quarenta mil, seiscentos e trinta e sete reais e cinquenta centavos).

I – A hipótese não consubstancia ação de cobrança, mas tem por finalidade sanar omissão da autoridade coatora, que não deu cumprimento integral às Portarias do Ministro de Estado da Justiça. Cabimento do mandado de segurança. Liquidez e certeza do direito dos impetrantes, que se apoiam em fatos incontroversos.

II – Recurso provido.

(Grifo nosso)

A partir deste relevante julgado, verifica-se que o mandado não apenas *pode* veicular pretensão de recebimento de valores, mas *também pode acarretar pagamento de valores retroativos*, mesmo se referentes a período anterior à impetração. A questão é perquirir *em quais situações isso pode ocorrer*.

6.4.2. STF-1ª T., RMS 27.357/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25/05/10

Em outro julgamento relevante, coincidentemente envolvendo anistiado político, o Supremo Tribunal Federal ofereceu informações relevantíssimas a respeito da admissibilidade dos efeitos patrimoniais do mandado de segurança e da distinção entre esta garantia constitucional e da ação de cobrança para fins da aplicação da Súmula 269.

Neste caso, José Reinaldo Paes Leme havia impetrado mandado de segurança contra ato omissivo do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, que teria deixado de dar cumprimento às determinações constantes da Portaria nº 567/2006, editada pelo Ministério da Justiça, concedendo-lhe o direito a “reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação permanente e continuada (...) com efeitos retroativos da data do julgamento em 08.12.2005 a 24.06.1997”.

De acordo com a impetração, a omissão ilegal seria quanto à obrigação de pagar valores retroativos e, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o mandado de segurança havia sido extinto, sem resolução de mérito, tendo sido invocadas para tanto as Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

Ao julgar o recurso interposto contra a referida decisão monocrática, com parecer favorável da Procuradoria-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso reconhecendo, primeiro, o direito líquido e certo do impetrante, vez que a

Portaria nº 567/2006 comprovava as alegações e tornava incontroversos os fatos, tornando inequívoco o direito do impetrante a recebimento de valor certo e determinado.

Interessantemente, o voto condutor do acórdão dedica uma página para enfrentar e afastar o argumento segundo o qual a concessão da segurança feriria o princípio da prévia dotação orçamentária.

Ato contínuo, o voto condutor apresenta um tópico específico para distinguir mandado de segurança e ação de cobrança. Citando passagens doutrinárias de Carmen Lúcia Antunes Rocha, Sérgio Ferraz, Cassio Scarpinella Bueno e de Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar F. Mendes, afirmou:

No caso vertente, a causa de pedir assenta-se no cumprimento integral da obrigação de fazer contida em portaria ministerial. Certo que efeitos patrimoniais irão advir desse cumprimento, mas o seu descumprimento afronta o direito líquido e certo do Recorrente em ver-se plenamente reconhecido como anistiado político, o que inclui o pagamento de valores indenizatórios.

Diferentemente da ação de cobrança, em que se intenta o pagamento de valor atrasado, na espécie dos autos, busca-se o cumprimento de norma editada pela própria Administração, que se omite de cumpri-la.

Ao final, fazendo referência ao quanto decidido no RMS nº 24.953/DF e no RMS 26.947/DF, afastou-se a aplicação das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, tendo sido o acórdão ementado da seguinte maneira:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA QUE DECLAROU O RECORRENTE ANISTIADO POLÍTICO E DETERMINOU O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. RECURSO PROVIDO.

1. O não-cumprimento de Portaria do Ministro da Justiça que reconheceu o Recorrente como anistiado político, fixando-lhe indenização de valor certo e determinado, caracteriza-se ato omissivo da Administração Pública.
 2. Configurado o direito líquido e certo do Recorrente, por se tratar de cumprimento de obrigação de fazer, e não cobrança de valores anteriores à impetração da presente ação mandamental. Não-incidência das Súmulas 269 e 271 da Supremo Tribunal Federal.
 3. Demonstrada a existência de prévia dotação orçamentária, não há afronta ao princípio da legalidade da despesa pública.
 4. Recurso em Mandado de Segurança provido.
- (Grifo nosso)

Este acórdão, de teor bastante similar ao do RMS nº 26.947/DF, fornece elementos relevantes para a interpretação da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal, bem como para a aplicação tanto da Súmula 269 quanto da 271, notadamente ao permitir a distinção do mandado de segurança e da ação de cobrança por meio das nuances criadas pela obrigação de *fazer*.

6.4.3. STJ-5ª T., RMS 3.172/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 14/05/02

Sob a relatoria do E. Min. Felix Fischer, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão de cuja ementa se extrai o seguinte:

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PARA COBRAR DIFERENÇAS DE PROVENTOS DO APOSENTADO – INADMISSIBILIDADE – SÚMULA 269 DO STF – PROCESSO JULGADO EXTINTO.

Não é possível a utilização do mandado de segurança simplesmente para pedir a condenação do impetrado no pagamento de diferenças de proventos.

Ao dar provimento ao recurso, o acórdão distinguiu mandado de segurança de ação de cobrança porquanto o recorrente buscava a correção do ato administrativo que havia determinado a exclusão de parcelas dos proventos de direito dos impetrantes, *verbis*:

O tese (*sic*) acolhida na e. Corte a quo, pela inadmissibilidade da via eleita *in casu*, por não ser possível usar o *mandamus* como substituto de ação de cobrança, nos termos da Súmula 269/STF, não merece prosperar.

Com efeito, a impetração *in casu* buscava afastar ato que determinou a exclusão de parcelas dos proventos dos então impetrantes - gratificação de representação. O fato, no entanto, de se insurgir contra a redução remuneratória tida como ilegal não se caracteriza, por si só, como ação de cobrança, pois o objeto não consiste em mero ressarcimento patrimonial, mas sim contra ato tido como ilegal que ofende, ao menos em tese, o direito do aposentado ao correto cálculo do seu provento. Inaplicável ao caso, portanto, o enunciado da Súmula 269/STF.

Colho, ainda, nesse sentido, excerto do voto vencido proferido na origem, *in verbis*:

"Quando do estudo dos presentes autos, restou claro para este Relator que o objetivo da impetração era que a gratificação por prestação de serviço de tempo integral e dedicação exclusiva, integrante dos proventos de aposentadoria dos impetrantes, fosse calculada conforme determina a Súmula nº 06 deste Pretório, sendo o pedido de pagamento das diferenças das parcelas que deixaram de compor dito cálculo, decorrência do reconhecimento da lesão ao direito invocado.

E, a despeito da tese brilhantemente defendida pela ilustrada maioria, não consegui me convencer do contrário, pois, a meu ver, os impetrantes visam precipuamente a correção do cálculo dos seus proventos de inatividade. " (Fls. 62).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para determinar o retorno dos autos ao e. Tribunal a quo para que prossiga no exame do *writ*.

É o voto.

(Grifo nosso)

Este caso faz lembrar de Victor Nunes Leal no julgamento do RE 48.567/CE, quando afirmou a possibilidade de obtenção de efeitos patrimoniais *indiretos* pela via do mandado de segurança, pois o que se permitiu no julgamento ora analisado foi, efetivamente, a determinação para que a autoridade coatora procedesse à correção dos cálculos dos proventos de inatividade, o que, por consequência, levaria ao pagamento dos valores corretos.

Além disso, a situação *sub examine* lança luzes sobre a diferença entre situações e fatos compreendidos na pretensão de pagamento, *v.g.* a constituição do direito, o cálculo do valor a ser pago, o ato de transferência dos valores etc. Para fins do mandado de segurança, é crucial compreender adequadamente qual é a ilegalidade a ser reparada.

6.4.4. STJ-2ª T., AgRg no RMS 43.039/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. 08/09/15

Em apertada síntese, limitando a exposição ao que interessa ao presente estudo, o acórdão em apreço concluiu ser cabível o mandado de segurança para determinar a observância da ordem cronológica dos precatórios, permitindo o levantamento de um precatório mais antigo quando o Estado de São Paulo, em detrimento deste, havia autorizado o levantamento de um precatório mais novo.

Citando diversos julgados antecedentes, o acórdão também evidenciou a possibilidade de, no âmbito do mandado de segurança, proceder-se ao sequestro de bens públicos na quantia correspondente ao precatório preterido.²²⁹

²²⁹ Ementa: “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO. PRETERIÇÃO CONFIGURADA. SEQUESTRO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE

6.4.5. STF-Plenário, ADPF 339/PI, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/05/16

A Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental contra ato do Governador do Estado do Piauí consistente no não repasse de duodécimos orçamentários à Defensoria Pública Estadual. Requereu-se, com o julgamento de procedência, o “repasse dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias da Defensoria Pública, compreendidos os créditos suplementares e especiais, sob a forma de duodécimos, até o dia 20 de cada mês, em conformidade com o que determina a Constituição Federal, art. 134, § 2º, e 168.”

Abram-se breves parênteses para uma questão formal: a ADPF foi admitida porquanto, na hipótese, o mandado de segurança “apenas poderia ser impetrado pela própria instituição da Defensoria Pública Estadual, e não pela Associação de seus membros, a qual, conforme a jurisprudência desta Corte, seria parte ilegítima em tal *mandamus*”²³⁰. Portanto, o quanto aqui se decidiu em nada se altera pelo fato de ter ocorrido em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, aproveitando-se, *in totum*, para os fins do estudo.

Quanto ao mérito, o acórdão firmou a seguinte premissa de fato:

In casu, exsurtem indícios de que o Chefe do Poder Executivo do Estado do Piauí não tem cumprido a obrigação constitucional prevista no art. 168 da CRFB/88 consistente no repasse dos duodécimos à Defensoria Pública Estadual. Convém rememorar, também, que apesar de devidamente intimado para que apresentasse suas informações, a mencionada autoridade não apresentou qualquer manifestação.

Com efeito, na linha de tudo o que aqui já exposto, revela-se que a atuação do Governador de Estado consistente na retenção de repasses de recursos correspondentes às dotações orçamentárias destinadas à Defensoria Pública, sob a forma de duodécimos e até o dia 20 de cada mês, caracteriza verdadeira

DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Recurso ordinário no qual se busca a reversão de acórdão no qual se firmou não ter havido abusividade ou violação na ordem administrativa do Tribunal de Justiça que permitiu o levantamento de precatório em razão da ocorrência de quebra da ordem cronológica dos pagamentos. 2. No caso concreto, “*não se mostra razoável que parcela de precatório seja paga em detrimento de crédito mais antigo e anterior, independentemente do crédito ser oriundo de parcelamento diverso, como, no caso, em oitavos (art. 33 do ADCT) e em décimos (art. 78 do ADCT)*”. Precedentes: AgRg nos EDcl no RMS 45.723/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8.10.2014; e RMS 41.766/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24.10.2013. Agravo regimental improvido.”

²³⁰ Voto condutor do acórdão, Rel. Min. Luiz Fux, pág. 12.

extrapolação de sua competência, em clara ofensa à autonomia da referida instituição, representando violação direta aos arts. 134, § 2º, e 168 da CRFB/88.

Calculado em tal premissa, o E. Relator assim concluiu o voto condutor do acórdão:

O ato de Governador consistente no não repasse sob a forma de duodécimos dos recursos orçamentários atribuídos pela Lei Orçamentária Anual do Estado à Defensoria Pública, instituição ao qual o texto constitucional atribuiu autonomia funcional, administrativa e orçamentária, revela-se lesivo a preceito fundamental (art. 134, § 2º, e art. 168 da CRFB/88).

Ex positis, conheço a presente arguição e julgo procedente o pedido formulado para, diante da lesão aos arts. 134, § 2º, e 168 da CRFB/88, fixar a seguinte tese:

“É dever constitucional do Poder Executivo o repasse, sob a forma de duodécimos e até o dia 20 de cada mês (art. 168 da CRFB/88), da integralidade dos recursos orçamentários destinados a outros Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, conforme previsão da respectiva Lei Orçamentária Anual.”

É como voto.

Ao manifestar seu voto, o E. Min. Edson Fachin foi além e propôs “determinar que o Poder Executivo do Estado do Piauí proceda o repasse de recursos públicos correspondentes às dotações orçamentárias da Defensoria Pública do Estado-membro, conforme previsão da Lei estadual 6.610/2014, compreendidos os créditos suplementares e especiais eventualmente abertos, mormente quanto às parcelas já vencidas.”

Conforme se pode notar, de fato do acórdão proferido pelo E. Plenário do Supremo Tribunal Federal assim constou:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente o pedido formulado na ação para, diante da lesão aos arts. 134, § 2º, e 168 da CRFB/88, determinar ao Governador do Estado do Piauí que proceda ao repasse, sob a forma de duodécimos e até o dia 20 de cada mês, da integralidade dos recursos orçamentários destinados à Defensoria Pública do Estado pela Lei Orçamentária Anual para o exercício financeiro de 2015 (Lei estadual nº 6.610, de 29 de dezembro de 2014), inclusive quanto às parcelas já vencidas, assim também em relação a eventuais créditos adicionais destinados à instituição vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido.

(Grifo nosso)

Este relevante acórdão do Supremo Tribunal Federal integra o tabuleiro de informações a serem consideradas e confrontadas, do qual se extrairão conclusões amadurecidas a respeito da possibilidade de se obter efeitos patrimoniais por meio do mandado de segurança e das condições em que isso se torna (in)admissível.

No caso acima analisado, o Supremo Tribunal Federal não apenas determinou à autoridade coatora a realização de repasses de recursos, mas também a determinou que o fizesse em relação às parcelas já vencidas, o que é de extrema importância para a correta interpretação da Súmula nº 271 do Supremo Tribunal Federal.

6.4.6. STF. SS 5.151/RR-MC, Rel. Min. Pres. Cármen Lúcia, j. 19/09/16

Em 15 de setembro de 2016, o Estado de Roraima ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal suspensão de segurança, com pedido de liminar, a fim de obstar os efeitos de decisão monocrática do Presidente do Tribunal de Justiça de Roraima.

Na origem, a Assembleia Legislativa havia impetrado mandado de segurança contra o Governo do Estado alegando descumprimento do dever constitucional de repassar cotas duodecimais devidas à impetrante nos termos do art. 168 da Constituição Federal²³¹, caso bastante similar àquele julgado em 18/05/2016 (ADPF nº 339/PI).

O Tribunal Estadual havia determinado a retenção de valores nas contas do Estado, o que o levou ao Supremo Tribunal Federal para buscar a liberação dos valores ou, subsidiariamente, a limitação do bloqueio, de modo a não inviabilizar repasses constitucionais aos municípios, à saúde, à educação e ao PASEP.

²³¹ CF, Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.

Deferido o bloqueio dos valores nas contas estaduais, o pedido de suspensão de segurança foi dirigido ao Supremo Tribunal Federal sob os argumentos de que (i) haveria dificuldade financeira para cumprimento do art. 168 da Constituição Federal, (ii) a decisão impugnada vulnera a estabilidade dos cofres públicos, (iii) outros tantos interesses de estatura constitucional devem ser igualmente atendidos, dentre outros.

Assim como se julgou na ADPF 339/PI, a Min. Cármen Lúcia asseverou que “a atuação do governador de Estado consistente na retenção de repasses de recursos correspondentes às dotações orçamentárias destinadas à Assembleia Legislativa, sob a forma de duodécimos e até o dia 20 de cada mês, caracteriza extrapolação de sua competência, em clara ofensa à autonomia do Poder Legislativo estadual, representando contrariedade direta aos arts. 2º e 168 da Constituição da República de 1988”.

Sob tal premissa, deferiu-se apenas parcialmente o pedido de suspensão de segurança, de modo a impedir o bloqueio dos valores referentes ao Fundo de Participação dos Municípios e aos percentuais destinados à saúde, à educação e ao Pasep, repasses constitucionais igualmente obrigatórios.

Ao decidir desta maneira, mantendo o bloqueio das contas estaduais determinado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, a Presidência do Supremo Tribunal Federal evidencia a serventia do mandado de segurança para fins patrimoniais *diretos*, reforçando o quanto já se havia decidido na ADPF nº 339/PI *supra* mencionada.

6.4.7. STF-Plenário, RE 533.710/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/11/16

Em mais um caso envolvendo anistiado político — o que, em rigor, não altera os rumos do presente estudo —, o Supremo Tribunal Federal ofertou elementos importantes para a correta compreensão do alcance do mandado de segurança e dos limites a ele impostos pelas tantas vezes citadas Súmulas 269 e 271.

Aos 23 de novembro de 2016, foi julgado o recurso extraordinário 533.710/DF, interposto pela União contra acórdão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça — decorrente de mandado de segurança impetrado contra ato omissivo do Ministro de Estado da Defesa, que não cumpriu Portaria que declarou anistiado político — assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA DE MILITAR. AVISO AO MINISTRO DA DEFESA PARA PROVIDÊNCIAS. OMISSÃO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 18 DA LEI Nº 10.599/2002. PAGAMENTO DE VALORES RETROATIVOS REFERENTES À REPARAÇÃO ECONÔMICA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Tendo, o impetrante, sido declarado anistiado político por portaria do Ministro de Estado da Justiça, a falta de cumprimento da determinação de providências por parte do Ministro de Estado da Defesa, no prazo previsto no parágrafo único do art. 18 da Lei nº 10.599/2002, caracteriza omissão ilegal que viola direito líquido e certo.

2. Apesar de configurada a ilegalidade pelo descumprimento da portaria que reconheceu a condição de anistiado político, esta Corte, no julgamento de várias ações mandamentais aqui ajuizadas, decidiu não ser possível determinar o pagamento de valores retroativos referentes à chamada reparação econômica diante da vedação constante dos enunciados nºs 269 e 271 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

3. Ocorre, contudo, que o Supremo Tribunal Federal, apreciando recurso ordinário contra uma dessas decisões do Superior Tribunal de Justiça, acabou por decidir que a hipótese não consubstancia ação de cobrança, mas tem por finalidade sanar omissão da autoridade coatora, que não deu cumprimento integral às Portarias do Ministro de Estado da Justiça. (RMS nº 24.953/DF, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJU de 14/9/2004).

4. Acatando essa compreensão, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, modificando o anterior entendimento sobre o tema, passou a deferir pedidos veiculados em mandados de segurança para determinar o pagamento de valores pretéritos relativos à aludida reparação econômica a que tem direito os anistiados.

5. Ordem concedida.

(Grifo nosso)

Ao proferir seu voto, o E. Min. Relator Dias Toffoli consolidou o que se encontrava esparso em acórdãos anteriores, afirmando a possibilidade de determinar-se pagamento, inclusive de valores pretéritos, por meio de mandado de segurança, ressaltando-se a importância de se observar o princípio da legalidade da despesa pública insculpido nos arts. 167, II e 169, § 1º, I e II, da Constituição Federal.

Em franca confissão, o E. Relator afirma que diversos acórdãos do Supremo Tribunal Federal foram constituídos contradizendo sua convicção pessoal, mas que, posteriormente, debruçando-se melhor sobre o tema, concluiu ser inaplicável o regime jurídico do art. 100 da Constituição Federal, assim se pronunciando:

À época, esses precedentes foram constituídos em franca contrariedade à convicção pessoal deste julgador. Entretanto, debruçei-me profundamente sobre a questão e, após período de reflexão, compreendi que a obrigatoriedade prevista pelo art. 100 não se amolda ao caso. Explico. Dispõe o referido artigo:

“Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

O artigo trata de valores devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária. Ocorre que, no caso do mandado de segurança, processo de origem deste extraordinário, não se está condenando o Poder Público ao pagamento de um determinado valor em razão de uma decisão judicial.

Com efeito, a Administração Pública já reconheceu, administrativamente, que o recorrido possui direito àquele valor decorrente da declaração de anistiado. A dívida da Fazenda Pública não foi reconhecida por meio de uma decisão do Poder Judiciário. A discussão cinge-se, na verdade, ao momento do pagamento. Entendo que esse momento deve ser imediato. O direito líquido e certo do impetrante já foi reconhecido pela Portaria nº 84, de 2004, que declarou sua condição de anistiado, tendo sido, então, fixado valor que lhe era devido, de cunho indenizatório. O que se tem, na espécie, é uma obrigação de fazer por parte do recorrente que está sendo descumprida. Ausentes, portanto, os elementos comprobatórios da existência do direito alegado, como os fatos determinantes do litígio são incontroversos, requisito válido e regular do mandado de segurança, não há dúvida quanto à presença do interesse de agir.

(Grifo nosso)

Após externar a relevância desses fatores — o princípio da legalidade da despesa pública, o limite do art. 100 da Constituição Federal e a distinção existente entre *constituir o direito* (que pode ocorrer, por exemplo, pela condenação ao pagamento) e a ordem de *fazer o efetivo pagamento* —, o acórdão foi assim ementado:

Direito Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Anistiado político. Pagamento retroativo de prestação mensal concedida. Norma que torna vinculante requisição ou decisão administrativa de órgão competente que determina o pagamento pela União. Dívida da Fazenda Pública que não foi reconhecida por decisão do Poder Judiciário. Afastamento do regime do art. 100 da Constituição Federal. Obrigação de fazer que está sendo descumprida. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Tese fixada.

1. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 167, II, e 169, § 1º, I e II, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de se determinar o pagamento imediato, em sede de mandado de segurança, de valores retroativos devidos a título de reparação econômica a anistiados políticos, assim declarados com base em portaria expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, com fundamento no art. 8º, caput, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e na lei.

2. Declarado anistiado político por portaria do Ministro de Estado da Justiça, a falta de cumprimento da determinação de providências por parte da União, por intermédio do Ministério competente, no prazo

previsto no parágrafo único do art. 18 da Lei nº 10.599/2002 caracteriza omissão ilegal e violação de direito líquido e certo.

3. O art. 12, § 4º, da Lei nº 10.559/2002 tornou vinculante a decisão administrativa ao estabelecer que “as requisições e decisões proferidas pelo Ministro de Estado da Justiça nos processos de anistia política serão obrigatoriamente cumpridas no prazo de sessenta dias, por todos os órgãos da Administração Pública e quaisquer outras entidades a que estejam dirigidas”. A ressalva inserida na última parte desse parágrafo não serve para tornar sem eficácia a primeira parte do enunciado normativo. A obrigação existe, inclusive houve na espécie a inclusão no orçamento das despesas decorrentes da decisão administrativa vinculante.

4. Não há que se aplicar o regime jurídico do art. 100 da Constituição Federal se a Administração Pública reconhece, administrativamente, que o anistiado possui direito ao valor decorrente da concessão da anistia. A dívida da Fazenda Pública não foi reconhecida por meio de uma decisão do Poder Judiciário. A discussão cinge-se, na verdade, ao momento do pagamento. O direito líquido e certo do impetrante já foi reconhecido pela portaria específica que declarou sua condição de anistiado, sendo, então, fixado valor que lhe era devido, de cunho indenizatório. O que se tem, na espécie, é uma obrigação de fazer por parte da União que está sendo descumprida. Fundamentos na doutrina e nos julgados da Suprema Corte.

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

6. Fixada a seguinte tese de repercussão geral, dividida em três pontos:

i) Reconhecido o direito à anistia política, a falta de cumprimento de requisição ou determinação de providências por parte da União, por intermédio do órgão competente, no prazo previsto nos arts. 12, § 4º, e 18, caput e parágrafo único, da Lei nº 10.599/02, caracteriza ilegalidade e violação de direito líquido e certo.

ii) Havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento do valor ao anistiado no prazo de 60 dias.

iii) Na ausência ou na insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício em curso, cumpre à União promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte.

(Destaques constam do original)

Ainda que mais este pronunciamento do Supremo Tribunal Federal tenha envolvido, em pano de fundo, o tema dos anistiados políticos, fato é que em grau algum tal peculiaridade determinou o destino do julgamento.

Conforme será retomado adiante, o v. aresto acerta ao distinguir o mandado de segurança da ação de cobrança e afastar a incidência das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal *menos* por questões próprias do mandado de segurança e *mais* por circunstâncias do direito material que, trazidas para o âmbito do processo, autorizam ou desautorizam a concessão da segurança.

6.4.8. STJ-1ª S., REsp 1.111.164/BA, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 13/05/09

Tornaram-se comuns os mandados de segurança buscando a declaração do direito a compensação tributária, a ponto de se ter a Súmula 213 do Superior Tribunal de Justiça: “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”. Fosse apenas por isso, o ponto talvez sequer fosse tratado neste estudo, por ser de interesse mediato ou lateral.

Entretanto, conforme palavras do E. Min. Ari Pargendler no acórdão que julgou os embargos de declaração no REsp 81.218/DF, há de se distinguir e “a Egrégia Turma distingue compensação de crédito de declaração de que o crédito é compensável, esta última não dependente de prova pré-constituída a respeito dos valores a serem compensados”.

Foi laborando sobre tal distinção que, em 13 de maio de 2009, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do E. Min. Teori Zavascki, julgou o recurso especial 1.111.164. E sob o aspecto da possibilidade de ir além da mera declaração, tratando da efetiva compensação de créditos tributários em sede de mandado de segurança, é que o acórdão justifica ser trazido à baila.

O recurso especial foi interposto contra acórdão que, para o que importa ao estudo, (i) declarou a inconstitucionalidade e a conseqüente inexigibilidade da exação (PIS e FINSOCIAL), reconhecendo o direito de compensar os valores a tal título recolhidos, com acréscimos de juros e correção monetária e (ii) considerou dispensável a juntada de comprovantes de recolhimento para fins de compensação, considerando que “a certeza e liquidez deverá ser averiguada pela Administração Pública no momento do encontro de contas”.

Ao fundamentar seu voto, considerando que “[o] caso dos autos não é de simples declaração de compensabilidade, enquadrável na súmula 213/STJ”, mas que “[m]ais que isso, agrega-se à pretensão compensatória pedidos que supõem a efetiva realização da compensação”, o E. Min. Teori Zavascki trouxe lições de extrema valia, *verbis*:

3. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites do pedido, ou seja, com os limites do direito tido como violado ou ameaçado de violação pela autoridade impetrada. Nesse aspecto, a jurisprudência do STJ distingue claramente duas situações: a primeira, em que a impetração se limita

a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

Na primeira situação, que tem amparo na súmula 213/STJ ("O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária"), a jurisprudência do STJ não exige que o impetrante traga prova pré-constituída dos elementos concretos da operação de compensação (v.g.: prova do valor do crédito que dá suporte à operação de compensação contra o Fisco), até porque o objeto da impetração não abrange juízo específico a respeito. Nos precedentes que serviram de base à edição da súmula o Tribunal afirmou a viabilidade de, na via mandamental, ser reconhecido o direito à compensação, ficando a averiguação da liquidez e da certeza da própria compensação (que, portanto, seria realizada no futuro) sujeita à fiscalização da autoridade fazendária. No EDRESP 81.218/DF, 2ª Turma, Min. Ari Pargendler, DJ de 17.06.1996, consta do voto condutor do acórdão que "a Egrégia Turma distingue compensação de crédito de declaração de que o crédito é compensável, esta última não dependente de prova pré-constituída a respeito dos valores a serem compensados". O que se exigia da impetrante, nesses casos, era apenas prova da "condição de credora tributária" (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

Todavia, para a segunda situação - em que a concessão da ordem envolve juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, ou em que os efeitos da sentença supõem a efetiva realização da compensação -, nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. A questão já foi inclusive objeto de exame nesta 1ª Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência EREsp 903.367/SP, Min. Denise Arruda. Ditos embargos haviam sido interpostos contra acórdão da 2ª Turma, relator o Ministro João Otávio de Noronha, que havia assentado o seguinte: "2. *É necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança.* 3. *Recurso especial improvido*".

(Grifo nosso)

O que o acórdão analisado tem de importância *nuclear* para o estudo em curso está em suas entrelinhas, a discussão dos requisitos para que, por meio do mandado de segurança, seja possível proceder-se à efetiva compensação dos créditos, indo além da mera declaração do direito de compensar, como bem pontuado por Cassio Scarpinella Bueno:

Em nenhum momento, contudo, foi vedada a utilização do mandado de segurança para fins de reconhecimento da compensação naqueles casos, chamados pelo voto do eminente Ministro de “segunda situação”. O que se decidiu (e, em rigor, corretamente) é que para ir além da remoção do ato coator que impedia o direito do contribuinte de compensar tributos — “a simples declaração de compensabilidade” — precisaria haver prova pré-constituída dos lindes do direito a ser reconhecido, isto é, “a comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar”.²³²

Assim se verifica, sob mais um enfoque, a efetiva possibilidade de serem perseguidos e alcançados, de imediato, efeitos patrimoniais por meio do mandado de segurança.

²³² SCARPINELLA BUENO, Cassio. Mandado de segurança e compensação tributária: reflexões sobre a prova pré-constituída do indébito à luz da sistemática dos recursos especiais repetitivos. *In: CARVALHO, Paulo de Barros; SOUZA, Priscila (coord.). XV Congresso Nacional de Estudos Tributários: 30 anos da Constituição Federal e o Sistema Tributário Brasileiro*. São Paulo: Noeses, 2018, pp. 143-162.

7. POSSÍVEL SISTEMATIZAÇÃO DAS REGRAS DE EFEITOS PATRIMONIAIS DO MANDADO DE SEGURANÇA

7.1. Sobre o cunho patrimonial ou extrapatrimonial da pretensão

Ao contrário do que muitas vezes ocorre na prática forense, as Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal não podem, pura e simplesmente, servir de óbice a pretensões de cunho patrimonial em sede de mandado de segurança.

Em rigor, a garantia prevista no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal tem por finalidade assegurar a fruição *in natura* do direito, seja patrimonial ou não, admitindo apenas as exceções expressas no dispositivo constitucional — os direitos amparados por *habeas corpus* ou *habeas data* — e desde que atendidos os requisitos: comprovação dos fatos já com a petição inicial (direito líquido e certo) e que o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Mostra-se de extrema valia, aqui, o brocardo jurídico *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, cuja tradução é: “onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”. Carlos Maximiliano, a respeito desta importante regra hermenêutica, afirma:

Quanto o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplica-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.²³³

Portanto, se ao criar e reger o mandado de segurança o constituinte não fez distinção entre direitos patrimoniais e não patrimoniais, não cabe ao intérprete fazê-lo, sob pena de mutilar a garantia constitucional do mandado de segurança e o direito à propriedade assegurado pelo art. 5º, XXII, da Constituição Federal.

²³³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 201.

O que é certo: no mandado de segurança *não cabe a conversão do direito em perdas e danos*.²³⁴⁻²³⁵ E isso não permite concluir que o mandado de segurança não seria instrumento processual hábil a veicular pretensões de cunho patrimonial, pois são situações bastante distintas. Tanto são permitidas as pretensões patrimoniais que a lei federal nº 5.021/1966²³⁶ e o art. 14, § 4º, da lei federal nº 12.016/2009²³⁷ expressa e respectivamente previa e prevê regras para o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal.

Ao regravar-se *como* tais pagamentos serão assegurados e realizados, admite-se que tais pedidos sejam formulados e que a segurança, em tais termos, seja concedida. Portanto, *inexiste vedação para que a sentença do mandado de segurança determine pagamentos*.

O que assegura a todos os cidadãos que o mandado de segurança sirva para obter provimentos jurisdicionais de cunho patrimonial, tal qual o art. 14, § 4º, da lei federal nº 12.016/2009 garante aos servidores públicos, é justamente o *princípio constitucional da isonomia*, de acordo com o já exposto no item 3.3, *supra*.

Noutras palavras, ao interpretarmos norma jurídica que assegura aos servidores públicos o direito de obter pagamentos por meio de sentença de mandado de segurança, não

²³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar F. op. cit., p. 188: “A *execução da sentença* concessiva da segurança é imediata, *específica* ou *in natura*, isto é, mediante o cumprimento da providência determinada pelo juiz, sem a possibilidade de ser substituída pela reparação pecuniária.”

²³⁵ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9: “Desde seu nascedouro, o mandado de segurança volta-se à fruição plena, integral e *in natura* do bem da vida que se diz lesionado ou ameaçado por ato de autoridade. Essa noção é avessa à sua substituição por seu mero equivalente monetário. Daí ser comum a afirmação de que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança (Súmula 269 do STF)...”.

²³⁶ Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

²³⁷ Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação. (...) § 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

podemos concluir que lhes tenha sido concedido um benefício arbitrariamente, um tratamento diferenciado pelo simples fato de serem servidores públicos.

Conforme palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, assim “se há de entender a precitada lição de Pimenta Bueno segundo a qual ‘qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania’²³⁸. Portanto, se inexistente fundamento lógico para traçar tratamento jurídico distinto, ampliando os limites do mandado de segurança apenas em favor dos servidores públicos, é impositiva a exclusão desta hipótese interpretativa porquanto contrária ao princípio constitucional da isonomia.

Assim se conclui que *o art. 14, § 4º, da lei federal nº 12.016/2009 não concede um tratamento arbitrariamente benéfico aos servidores públicos, mas apenas regula, em relação a estes, um tratamento igualmente conferido a todos os cidadãos*. Correto se mostra, então, admitir que o mandado de segurança é, sim, instrumento processual perfeitamente hábil à correção de violações de direitos perpetradas por autoridades públicas, ainda que os direitos revelem cunho patrimonial e a concessão da segurança implique pagamento ao impetrante.

A questão, em rigor, é que se trata de uma via bastante estreita, que, logo de partida, além de outras características restritivas, não permite dilação probatória ou conversão do direito em perdas e danos. Pode ser lícito buscar tutela jurisdicional, por meio do mandado de segurança, ainda que se persiga o simples pagamento de valor em atraso, pois inexistente hierarquia entre direito patrimonial e extrapatrimonial, a Constituição Federal não os distingue para fins do mandado de segurança e, não custa rememorar, o direito à propriedade também tem estatura constitucional (art. 5º, XXII) e se insere no rol de *direitos fundamentais*.

Não sendo o traço da patrimonialidade da prestação algo decisivo para a configuração de um mandado de segurança como sucedâneo de ação de cobrança, há de se buscar *qual é o elemento objetivo, a regra universalmente aplicável, que determina a incidência ou não da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal*.

²³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42.

7.2. Sobre a (in)validade do marco temporal aparente na Súmula 271

Em paralelo, tarefa indeclinável é a de definir corretamente *se e quando* incide a Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal, ou, em termos claros, *quando a sentença do mandado de segurança pode determinar a realização de pagamentos referentes a períodos anteriores ao ajuizamento*, tal como tantas vezes determinou o Supremo Tribunal Federal nos acórdão analisados ao longo do estudo, sem contudo incorrer em arbitrariedade ou em quebra da isonomia ou do devido processo constitucional.

A bem da verdade, é um equívoco grave presumir que a Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal poderia classificar os débitos em razão do tempo, enquadrando-os como passíveis de serem pagos, ou não, em função da data da impetração do mandado de segurança. O desacerto de tal presunção, que advém da literalidade do enunciado sumular, é explicado por Celso Antônio Bandeira de Mello, em passagem doutrinária irretocável, segundo a qual:

20. É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas.

Em outras palavras: um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas é inidôneo para distingui-las. (...)

22. Quando a lei *validamente* colhe os indivíduos e situações a partir de tal data ou refere os que hajam exercido tal ou qual atividade ao largo de um certo lapso temporal, não está, em rigor de verdade, erigindo o “tempo”, *per se*, como critério qualificador, como elemento diferencial.

Sucedee, isto sim, que o tempo é um condicionamento lógico dos seres humanos. A dizer, as coisas decorrem numa sucessão que demarcamos por força de uma referência cronológica irrefragável. Por isso, quando a lei faz referência ao tempo, aparentemente tomando-o como elemento para discriminar situações ou indivíduos abrangidos pelo período demarcado, o que na verdade está prestigiando como fator de desequiparação é a própria sucessão de fatos ou de “estados” transcorridos ou a transcorrer.

23. Então, quando diz que serão estáveis os concursados, após dois anos, o que, em rigor lógico, admitiu como diferencial entre os que preenchem e os que não preenchem tal requisito, não foi o tempo *qua tale* — pois este é *neutro, necessariamente idêntico para todos os seres* — porém o que ocorreu ao longo dele, uma certa sucessão, uma dada persistência continuada no exercício de um cargo. Foi, pois, a reiteração do exercício funcional que a lei prestigiou como fator de estabilização e não o abstrato decurso de uma cronologia.

(...)

24. Igualmente, quando a lei diz: a partir de *tal data*, *tais* situações passam a ser regidas pela norma superveniente, não está, com isto, elevando o tempo à conta de razão do *discrímen*, porém tomando os fatos subjacentes e dividindo-os em fatos já existentes e fatos não existentes. Os que já existem recebem um dado tratamento, os que não existem e virão a existir receberão outro tratamento. É a diferença entre existir e não existir (ter ocorrido e não ter ocorrido) que o Direito empresta força de fator distintivo entre as situações para lhes atribuir disciplinas diversas. E, mesmo nesta hipótese, não é ilimitada a possibilidade de discriminar. Assim, *os fatos já existentes foram e continuam sendo, todos eles tratados do mesmo modo*, salvo se, *por outro fator*, logicamente correlacionados com alguma distinção estabelecida, venham a ser desequiparados.

Ainda quando a lei demarca no passado um tempo, uma data, para discriminar entre situações pretéritas, esta demarcação temporal é, também ela, *mero limite* que circunscreve alguma situação objetiva diferenciada com base em fato diverso do tempo enquanto tal. Inclusive neste caso, como em qualquer outro, a data (inicial ou final) nada mais faz senão recobrir *acontecimento ou acontecimentos que são eles mesmos as próprias raízes da desequiparação realizada*.

25. Em conclusão: tempo, só por só, é elemento neutro, condição do pensamento humano e por sua neutralidade absoluta, a dizer, porque em nada diferencia os seres ou situações, jamais pode ser tomado como o fator em que se assenta algum tratamento jurídico desuniforme, sob pena de violência à regra da isonomia. Já os fatos ou situações que *nele transcorreram* e por ele se demarcam, estes sim, é que são e podem ser erigidos em fatores de discriminação, *desde que, sobre diferirem entre si, haja correlação lógica entre o acontecimento, cronologicamente demarcado, e a disparidade de tratamento que em função disto se adota*.²³⁹

Muito embora o enunciado da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal sugira que os efeitos patrimoniais do mandado de segurança estariam adstritos ao período posterior à impetração, fato é que essa hipótese é e foi facilmente desconstruída ao longo do trabalho.

Inobstante o fato de o marco temporal não ser, só por si, um elemento idôneo à desequiparação pretendida, a análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal revela que, em determinadas situações, admitiu-se que o mandado de segurança produzisse efeitos patrimoniais pretéritos, o que revela que não é a impetração em si o fator determinante, ou que *ao menos, nem sempre se aplica esta regra*.

De todo modo, é preciso buscar conhecer, objetivamente, qual é o elemento idôneo à identificação dos créditos passíveis de tutela imediata por meio do mandado de segurança,

²³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 29/32.

seja buscando conhecer o teor da norma por detrás do enunciado da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal, seja traçando os casos de sua aplicação e de sua não aplicação.

É o que se buscará traçar, lógica e objetivamente, a seguir. Por opção, o estudo primeiro abordará o tema das finanças públicas para, em seguida e de maneira mais fluida e direta, embrenhar no desafio de sistematizar, justificadamente, as regras do mandado de segurança no que diz respeito aos seus possíveis efeitos patrimoniais.

7.3. O princípio da legalidade da despesa pública

Conforme já tratado, o princípio constitucional da legalidade impõe que o Estado aja de acordo com as determinações constantes de lei. Se ao particular esse princípio veicula precipuamente a ideia de *liberdade*, no sentido de que lhe é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, para o Estado a interpretação é outra: a legalidade significa fazer ou não fazer aquilo que a legislação determina ou permite; não cabe falar em *liberdade*, mas em *dever*.

No vasto campo que é a matéria da legalidade a que o Estado está submetido por força do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, há um quadrante de maior interesse para fins deste estudo: *o princípio da legalidade da despesa pública*, assim retratado por Eros Grau:

...instituto basilar do Estado de Direito, impõe ao administrador do dinheiro público a obrigação de observar, ao gastá-lo, as autorizações e limitações constantes da Lei do Orçamento. Isto é, nada pode ser pago sem autorização orçamentária, nem além dos valores orçamentariamente limitados (CF, art. 167, II).²⁴⁰

Despesa pública, ensina Hely Lopes Meirelles, “é todo dispêndio que a Administração faz para o custeio de seus serviços, remuneração dos servidores, aquisição de bens, execução indireta de obras e serviços e outros empreendimentos necessários à consecução de seus fins.”²⁴¹

²⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da administração às decisões do poder judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, nº 2, 1993, p. 130.

²⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 293.

Deveras, consta expressamente da Constituição Federal a vedação à realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (art. 167, II). Além disso, diz o art. 169 da Constituição Federal:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de j. e.as, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Além das vedações expressas nos arts. 167, II e 169, § 1º, I e II da Constituição Federal, a utilização dos recursos financeiros públicos está submetida a uma série de formalidades impostas ao longo da Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional. Exemplificando, tem-se o art. 16 da lei complementar nº 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, segundo o qual:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Outro exemplo é o art. art. 7º, § 2º, III, da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual “[a]s obras e os serviços somente poderão ser licitados quando (...) houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma”.

Por consequência do princípio da legalidade da despesa pública e de todas as formalidades impostas ao administrador público, Hely Lopes Meirelles pontua que “[s]erão

consideradas não autorizadas, irregulares, lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou a assunção de obrigação que não atendam a tais dispositivos”, dizendo ainda que:

A despesa pública deve realizar-se em estrita consonância com o princípio da legalidade, que, nos termos da Constituição da República, impõe não só a autorização legislativa para sua efetivação como, também, a fixação legal do quantum do dispêndio autorizado (art. 168, § 8º). Do princípio da legalidade, tal como consagrado no texto constitucional, resultam as vedações abrangendo: a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; a transposição de recursos de uma dotação orçamentária para outra sem prévia autorização legal; a abertura de crédito especial ou suplementar também sem anterior autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; a concessão de créditos ilimitados; a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionistas (CF, art. 167).”²⁴²

(Grifo nosso; itálicos constam do original.)

Para que se possa compreender *se, quando* e, mais importante, que *efetivamente* o mandado de segurança pode ser útil, eficaz e bastante eficiente para solucionar problemas de cunho patrimonial envolvendo a Administração Pública, há de se ter em mente que, após serem autorizadas, a efetivação das despesas públicas depende de uma série de atos de fixação e esclarecimento, que são o *empenho* e a *liquidação* e, depois, ocorre o *pagamento*. Daí termos dito anteriormente ser crucial a correta identificação do ato ilícito que levou ao não pagamento.

De acordo com o art. 58 da Lei nº 4.320/1964²⁴³, “empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”. Para Hely Lopes Meirelles, entretanto, “[a] conceituação legal labora em erro, pois a obrigação de pagamento precede o empenho e resulta da lei ou do contrato gerador da despesa. O empenho (...) é operação financeira de caráter contábil, visando à reserva do numerário para o pagamento da despesa comprometida, dentro da dotação específica”²⁴⁴⁻²⁴⁵. O art. 60 da lei nº 4.320/1964 veda a realização de despesa sem prévio empenho.

²⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 293/294.

²⁴³ Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 297.

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 299/300: “*Dotação*, em sentido amplo, é o recurso fixado no orçamento para atender às necessidades de determinado órgão, fundo ou despesa. (...) As *dotações* significam parcelas desse

Já a liquidação da despesa, nos termos do art. 63 da lei nº 4.320/1964, consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito, tem por fim apurar a origem e o objeto do que se deve pagar, a importância exata a pagar, a quem se deve pagar a importância para extinguir a obrigação e, ademais, a liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base o contrato, ajuste ou acordo respectivo, a nota de empenho e os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.²⁴⁶

Superada a fase de liquidação da despesa, a autoridade competente está autorizada a emitir a *ordem de pagamento*, por meio da qual determina que a despesa seja paga (art. 64 da lei nº 4.320/1964). O efetivo pagamento, por sua vez, é efetuado por tesouraria ou pagadoria regularmente instituídos por estabelecimentos bancários credenciados e, em casos excepcionais, por meio de adiantamento (art. 65).

Por fim, cumpre mencionar que é regra geral que os pagamentos sejam realizados até 31 de dezembro e os que não forem saldados até esta data não de ser considerados como *restos a pagar* — constituem *dívida flutuante* e serão registrados “por exercício e por credor distinguindo-se as despesas processadas das não processadas”²⁴⁷ — e poderão ser quitadas a qualquer momento, enquanto não ocorrer a prescrição.²⁴⁸⁻²⁴⁹

crédito destinadas a alguma despesa ou a despesa de algum serviço, projeto ou atividade, e até para algum órgão.”

²⁴⁶ DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1954, p. 316: “a liquidação é a verificação da legitimidade na despesa empenhada, procedida à vista de títulos e documentos, dispositivos legais e demais provas, a fim de apurar a origem e objeto daquilo que se deve pagar; e quem deve embolsar a importância para extinguir a obrigação.”

²⁴⁷ Art. 92 da Lei nº 4.320/1964.

²⁴⁸ Lei nº 4.320/1964: Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.

Parágrafo único. Os empenhos que sorvem a conta de créditos com vigência plurienal, que não tenham sido liquidados, só serão computados como Restos a Pagar no último ano de vigência do crédito.

Art. 37. As despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os Restos a Pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica.

²⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 299.

Assim se vê que *quando se trata de despesa pública, entre o surgimento da obrigação* (por exemplo, quando da contratação ou da prestação do serviço) *e o efetivo pagamento, há todo um encadeamento de atos e fatos — um processo, exatamente conforme mencionado no item 3.5, supra — que pode levar à satisfação do direito ou ao surgimento de uma controvérsia, revelando-se presente o interesse para a judicialização.*

É atento a toda essa burocracia que Marçal Justen Filho faz crítica incisiva à falta de pagamentos por parte da Administração Pública em contratos administrativos, reputando que tal fato de decorrer, necessariamente, de conduta grave de agente público:

Tendo em vista o princípio da legalidade, não seria cogitável a Administração deixar de saldar os encargos derivados de contrato administrativo. Sob um certo ângulo, essa conduta é mais agressiva ao Estado de Direito do que a prática de ilícito absoluto. A Administração apenas pode realizar um contrato após cumprir minuciosas formalidades prévias. A Administração tem o dever de avaliar, previamente, a necessidade da contratação, apurar a existência de recursos orçamentários e programar os desembolsos. Logo, a ausência de recursos efetivos para o pagamento é um contrassenso injustificável. Pressupõe, necessariamente, a ofensa à Lei orçamentária. O “inadimplemento” somente pode chegar a ocorrer se, em algum momento, um agente administrativo tiver descumprido a lei. Mais ainda, o descumprimento à lei ocorreu de modo consciente e planejado, pois os agentes administrativos encontram-se em situação de prever, com antecedência, o desenlace dos fatos.²⁵⁰

(Grifo nosso)

Bem compreendido o *devido processo* de realização da despesa pública, torna-se inadmissível a tentativa de simplificação e agrupamento dos casos de não pagamento como sujeitos a ação de cobrança. Nesta cadeia de formalidades imposta pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, qualquer desvio de conduta (omissivo ou comissivo) por parte de um dos diversos agentes públicos envolvidos pode levar a um só resultado que, externamente, será visto da mesma forma: falta de pagamento.

Esse único resultado prático, todavia, pode ser consequência de uma série de fatores, desde a falta de recursos financeiros, a prestação de serviço sem contrato formalizado, controvérsia concernente à fase de liquidação, a não aceitação do serviço prestado, dentre tantos

²⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. Ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.305.

outros. *Cada situação de fato demonstrará o interesse na utilização de determinado instrumento processual, não necessariamente a ação de cobrança.*

O mandado de segurança, assim como admitido diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal, é instrumento hábil e adequado a corrigir ilegalidade cometida por agente público durante o processo de realização da despesa pública. Existente a dotação orçamentária e a demonstrada a liquidez²⁵¹, a certeza²⁵² e a exigibilidade²⁵³ da obrigação, ter-se-á evidenciado que o pagamento não ocorreu apenas pela conduta omissiva ilícita de determinada autoridade, de modo que a legalidade pode e *deve* ser restabelecida por meio do mandado de segurança.

De outro lado, se inexistente a dotação orçamentária, ou se ela se revelar insuficiente para a extinção da obrigação, hão de ser observados o art. 167, II, da Constituição Federal, e o art. 37, IV, da LC 101/2000²⁵⁴, que impedem a realização de despesa e despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Trata-se de um óbice imposto por uma norma material que, tangenciando o direito processual civil, faz ausente o direito líquido e certo do mandado de segurança, pois, em rigor, inviabiliza que o magistrado determine a realização de despesa contradizendo norma constitucional (art. 167, II).

²⁵¹ “Uma obrigação é certa quando perfeitamente *identificada e individualizada em seus elementos subjetivos e objetivos*, ou seja, (a) quanto aos *sujeitos* ativos e passivos da relação jurídico-material, (b) quanto à natureza de seu *objeto*, (c) quanto à *identificação e individualização* deste, quando for o caso, e (d) quanto à natureza da relação jurídica substancial entre os sujeitos ou entre eles e o objeto (direito pessoal ou real, direito de posse ou de propriedade *etc.*.)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, IV. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 204.)

²⁵² “Liquidez é o *conhecimento da quantidade de bens devidos ao credor*. Uma obrigação é líquida (a) quando já encontra perfeitamente *determinada* a quantidade dos bens que constituem seu objeto ou (b) quando essa quantidade é *determinável* mediante a realização de meros cálculos aritméticos, sempre sem necessidade de buscar alhures elementos ou provas necessários ao conhecimento do *quantum*.” (Ibidem, p. 207.)

²⁵³ “...a exigibilidade do crédito não tem relação alguma com o título nem com sua função de tornar *adequada* a tutela executiva, mas com a *necessidade* da tutela jurisdicional (interesse-necessidade) — porque sem a exigibilidade não é juridicamente possível ocorrer o *inadimplemento* da obrigação e sem inadimplemento não há interesse de agir (...).” (Ibidem, p. 203.)

²⁵⁴ Art. 37. Equiparam-se a operações de crédito e estão vedadas: I - captação de recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, sem prejuízo do disposto no § 7º do art. 150 da Constituição; II - recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma da legislação; III - assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de título de crédito, não se aplicando esta vedação a empresas estatais dependentes; IV - assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento a posteriori de bens e serviços.

Em suma, *ter-se-á demonstrado o direito líquido e certo quando a petição inicial do mandado de segurança evidenciar o preenchimento dos requisitos de direito material que incluem, de um lado, a liquidez, a certeza e a exigibilidade do crédito e, de outro lado, a prévia dotação orçamentária*. Em tal cenário, evidenciar-se-á que a falta de pagamento decorre de conduta ilícita de agente público, para o quê está previsto, na Constituição Federal, caber o mandado de segurança.

Por fim, uma questão adicional: a ausência ou insuficiência da dotação orçamentária, por si só, também não serve de argumento absoluto para, sempre e invariavelmente, inadmitir-se o mandado de segurança. Também em tais casos se pode constatar omissão de autoridade ao assumir obrigação sem prévia reserva de recursos financeiros, sendo admissível a impetração de mandado de segurança, como se deu no caso do RE 553.710/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/11/2016.²⁵⁵

Em tal hipótese, vale pontuar, a ilegalidade perpetrada poderá não ter sido a retenção de valores, até porque não se pode realizar pagamento sem a prévia dotação orçamentária; no caso, a omissão da autoridade, que deixou de prever a despesa no orçamento, deverá ser corrigida mediante ordem para que a preveja para o próximo exercício.

7.4. Quanto à Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal: mandado de segurança e ação de cobrança

O direito material escandido no tópico anterior (o regramento do direito financeiro e suas imposições para a realização da despesa pública) é o pano de fundo para a compreensão do mecanismo determinante dos resultados dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça analisados ao longo deste estudo.

²⁵⁵ “ii) Havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento do valor ao anistiado no prazo de 60 dias. iii) Na ausência ou na insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício em curso, cumpre à União promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte.”

Embora a grande maioria dos acórdãos não exponha adequadamente as razões de fato e de Direito que impõem a aplicação ou o afastamento da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal, evidenciou-se que, em rigor, a (des)caracterização do mandado de segurança como sucedâneo de ação de cobrança é um problema mais afeto ao direito *material* do que propriamente ao direito processual civil.

Conforme se pode observar dos acórdãos analisados, a incidência da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal foi recusada toda vez que, além de a petição inicial evidenciar a certeza, a liquidez e a exigibilidade do crédito reclamado, tal qual exige o art. 783 do Código de Processo Civil²⁵⁶, demonstrou-se também a *prévia dotação orçamentária*.

Isso porque, sendo possível ao impetrante a demonstração do direito líquido e certo, assim compreendida a comprovação documental (i) da obrigação certa, líquida e exigível e (ii) da prévia dotação orçamentária — e sem que a autoridade coatora seja capaz de opor argumentos razoáveis para descaracterizar a conduta ilícita —, o provimento jurisdicional reclamado definitivamente não é de constituição de um crédito ou da execução de um título, mas, bem diversamente, um *mandamento de que se cumpra, mediante pagamento, um direito líquido e certo*, mormente se a administração pública dispõe de valores para a quitação e não o fez em razão de conduta omissiva de um agente público.

Ao se conceder a segurança em tal cenário, respeitam-se os limites da tutela mandamental, nos termos propostos por Pontes de Miranda²⁵⁷: o Poder Judiciário não executa, mas *manda que a pessoa jurídica de direito público, corrigindo a conduta ilícita da autoridade coatora, realize o pagamento*, conforme bem esclarece Eduardo Arruda Alvim:

Para que se dê cumprimento à sentença do mandado de segurança, basta que se remeta ofício à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada, nos termos do *caput* do art. 13 da Lei n. 12.016/09. (...)

Esta deve dar cumprimento à ordem, sob pena de consequências que, como se verá, ou se colocam no plano do Direito Penal, já que a recusa em dar cumprimento à ordem pode caracterizar crime de desobediência, nos termos

²⁵⁶ Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

²⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ações mandamentais*: tomo VI. São Paulo: RT, 2016, pp. 111/112.

do art. 330 do Código Penal (ou prevaricação – art. 319 do Código Penal-, conforme dissemos linhas atrás, na hipótese de o retardamento da prática da ordem se der para satisfazer interesse ou sentimento pessoal), sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei n. 1.079/50 (Lei n. 12.016/09, art. 26), ou mesmo podem ensejar intervenção (estadual nos Municípios, art. 35, IV, da CF/88; ou da União, nos Estados ou Distrito Federal, art. 34, VI, da CF/88).²⁵⁸

Mas há mais: o cabimento do mandado de segurança também se adéqua àquilo que defendia, com clareza e precisão, Alfredo Buzaid:

26. O mandado de segurança é, a nosso ver, uma ação judiciária, que se distingue das demais pela índole do direito que visa tutelar. Para se entender bem este enunciado, urge estabelecer, antes de tudo, uma gama dos direitos subjetivos materiais, que podem ser ajuizados. Eles se agrupam em três classes: a) a primeira é daqueles que não de ser afirmados e provados judicialmente, sob pena de ser rejeitado o pedido formulado pelo autor (ex.: ação de desquite; de reintegração de posse; de anulação de contrato); b) a segunda é de alguns direitos, reconhecidos em documentos, que exprimem não só a certeza da obrigação, mas também a liquidez do seu valor (letras de câmbio, notas promissórias, duplicatas) ; c) e a terceira, que ocupa a posição mais elevada na escala, abrange direitos líquidos e certos, que, por sua clareza e evidência, não comportam discussão judicial a seu respeito. A ordem jurídica subministra ações diversas, que correspondem a cada uma dessas categorias de direitos. Para a primeira, a ação ordinária; para a segunda, a executiva; para a terceira, o mandado de segurança. A diferença entre os três remédios processuais está na íntima correlação com os direitos que tutelam. A necessidade de atos e termos se dá em grau maior na primeira, diminui na segunda e fica reduzido ao mínimo na última. O que determina a natureza da ação é, pois, a maior ou menor intensidade do direito tutelado; por se apresentar insuscetível de controvérsia na última hipótese, o legislador limitou ao indispensável o número de atos; por isso é que o mandado de segurança é ação de índole sumaríssima.²⁵⁹

(Grifo nosso)

Portanto, se o crédito (i) for comprovado de plano, documentalmente (melhor ainda se reconhecido pela administração pública), tornando-se líquido e certo, (ii) for exigível e (iii) se houver dotação orçamentária suficiente para saldá-lo, em rigor *não há sequer necessidade* — um dos elementos do interesse jurídico — *de ajuizamento de ação de cobrança*, que se volta primordialmente à constituição do direito e à formação de um título executivo judicial, revestindo de liquidez e certeza o direito reclamado.

²⁵⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança*. 2. Ed. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010, pp. 294/295.

²⁵⁹ BUZOID, Alfredo. "Juicio de amparo" e mandado de segurança. (Contrastes e confrontos). *In: Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 56(1), pp. 172-231. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66387/68997>. Acesso em 31/05/2019, 19:02hs.

Na hipótese cogitada, o que se há de corrigir é apenas a conduta omissiva do agente público que deixou de praticar os atos materiais que acarretam o pagamento — o que é objeto de mandado de segurança — e não se buscar a constituição, pelo Poder Judiciário, de um direito já líquido e certo. Não há sentido, por exemplo, o Poder Judiciário afirmar novamente o direito que a administração pública já reconheceu formalmente. Pode-se ter de *corrigir* conduta ou de *executar* direito (=assegurar o *cumprimento* do direito), mas não atuar como uma instância de chancela ou homologatória da Administração Pública, como se daria no caso.

Assim, para a ação de cobrança faleceria o *interesse*, ao passo que para o mandado de segurança configura-se o requisito constitucional do direito líquido e certo, compreendido como a comprovação documental, com a petição inicial, dos fatos que evidenciam o direito do impetrante de obter o provimento jurisdicional (mandamental) em seu favor.

Por fim, importa salientar que, em relação à ação de cobrança, não procede nem mesmo a tentativa de configurar o interesse como decorrente de suposta necessidade de formação de um título executivo judicial a partir do reconhecimento extrajudicial do direito. É que, à luz do art. 515, I, do Código de Processo Civil²⁶⁰, a decisão que reconhece exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa é considerada *título executivo judicial* e, portanto, é passível de cumprimento de sentença, conforme sustenta Cassio Scarpinella Bueno:

O precitado art. 515, I, do CPC de 2015, ao atribuir eficácia de título executivo judicial às ‘decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa’, é suficiente, por si só, para viabilizar a execução ou, como quer o CPC de 2015 de maneira generalizada (e correta), *cumprimento de sentença*.

Aplicando aquela regra ao mandado de segurança, é pertinente sustentar que o reconhecimento de que foi ilegal ou abusivo é suficiente para autorizar que a recomposição do direito violado se dê da forma mais ampla possível: para o *futuro*, na linha do que expressamente autoriza o § 4º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009, *mas também* — e aqui o ponto que merece ser sublinhado — para o *passado*. Para instrumentalizar a execução para o passado, é suficiente que o impetrante, obtendo o reconhecimento de seu direito pela sentença,

²⁶⁰ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;

liquide os valores respectivos (arts. 509 a 512 e 524 do CPC de 2015), cumprindo a decisão respectiva em face da Fazenda nos moldes do art. 100 da Constituição Federal, com observância da disciplina dos arts. 534 e 535 do CPC de 2015. E é justamente com relação à *forma do cumprimento* desta sentença que, nos precisos termos do que lhe permite a Súmula 461 do STJ, o contribuinte pode *optar* pela *compensação* dos valores. Até porque, caso ela seja negada por algum ato administrativo, justifica-se nova impetração, desta vez com base na Súmula 213 daquele mesmo Tribunal.²⁶¹

A conclusão a que se chega é que, em tal circunstância — de suficiência da prova pré-constituída para o fim de demonstração da certeza, da liquidez e da exigibilidade do crédito, bem como da prévia dotação orçamentária — o mandado de segurança se faz cabível, seja porque a sentença mandamental é capaz de — e suficiente para — *mandar pagar* aquilo a que a administração pública se comprometeu, seja porque a sentença do mandado de segurança, nos termos do art. 515, I, do Código de Processo Civil é título executivo judicial e, portanto, passível de cumprimento nos termos dos arts. 509 a 512²⁶², 524²⁶³, 534 e 535²⁶⁴ do Código de Processo Civil e do art. 100 da Constituição Federal²⁶⁵.

Em rigor, na hipótese o mandado de segurança tem por objeto imediato a impugnação do ato administrativo que descumpriu o devido processo de realização da despesa pública e, ao corrigi-lo, tem-se como consequência o pagamento anteriormente previsto.²⁶⁶

²⁶¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. Mandado de segurança e compensação tributária: reflexões sobre a prova pré-constituída do indébito à luz da sistemática dos recursos especiais repetitivos. *In: CARVALHO, Paulo de Barros; SOUZA, Priscila (coord.). XV Congresso Nacional de Estudos Tributários: 30 anos da Constituição Federal e o Sistema Tributário Brasileiro*. São Paulo: Noeses, 2018, p. 151.

²⁶² Tratam da liquidação da sentença.

²⁶³ Versa sobre os requisitos do pedido de início do cumprimento de sentença.

²⁶⁴ Dispõem sobre o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela fazenda pública.

²⁶⁵ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

²⁶⁶ V. BARBI, Celso Agrícola; PASSOS, J. J. Calmon de; SIDOU, J. M. Othon. *Estudos sobre o mandado de segurança*. Rio de Janeiro, 1963: “...a concessão do mandado, com frequência, traz implícita a obrigação de fazer pagamentos em dinheiro ao impetrante, como se dá nas hipóteses de melhoria na classificação de funcionários, reconhecimento da ilegalidade da suspensão de pagamento de juros de apólices e vários outros casos comuns no pretório.”

Tem-se, assim, que mandado de segurança e ação de cobrança revelam pontos de contato e de distanciamento que justificariam a utilização de cada instrumento processual de acordo com as circunstâncias de fato.

O mandado de segurança se justifica toda vez que houver prova pré-constituída a respeito da existência, da liquidez e da exigibilidade do crédito reclamado e da prévia dotação orçamentária, dispensando instrução probatória, e a sentença concessiva poderá *determinar* (=mandar que se realize imediatamente) o pagamento. Do contrário, ausente a dotação orçamentária, a depender do caso, a sentença poderá determinar que a autoridade coatora insira a despesa na previsão orçamentária do exercício seguinte (como se fez no caso do RE 533.710/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/11/2016) ou a sentença que declarar a existência do direito poderá ensejar liquidação e cumprimento de sentença, observado o regime do art. 100 da Constituição Federal.²⁶⁷

Na chamada ação de cobrança, discute-se, perante a pessoa jurídica de direito público, a existência de uma obrigação carente dos requisitos certeza e liquidez. Justifica-se esta via processual exatamente para que no processo judicial se apurem os requisitos para a formação do título executivo e para a futura satisfação do direito judicialmente reconhecido. Noutras palavras, a ação de cobrança se justifica porquanto o rito comum viabiliza a produção da prova que, no mandado de segurança, se encontra pré-constituída.

O mandado de segurança não configura *sucedâneo de ação de cobrança* quando presentes os requisitos de impetração, ainda que haja certa sobreposição ou coincidência entre os fins perseguidos por meio de ambos. A vedação ao uso do mandado de segurança é válida quanto extrapola os lindes constitucionais, pela ausência do direito líquido e certo e, portanto, pela necessidade de instrução probatória.

7.4.1. Análise sob a linguagem lógica

²⁶⁷ A propósito, vale mencionar o enunciado da Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça: “O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado”.

É possível demonstrar, sob a forma lógica, qual é a distinção entre o mandado de segurança e a ação de cobrança, ainda que, ao final, em determinados casos, os efeitos práticos de ambas as vias processuais possam ser idênticos: o pagamento e o recebimento de valores.

É buscando compreender o funcionamento da norma jurídica (ou das normas jurídicas) que se abre a proveitosa oportunidade de tratar do assunto em termos lógicos, o que permite compreender a formalidade do raciocínio independente de seu conteúdo, tal como se submetesse à avaliação a sintaxe, deixando-se de lado a semântica, provindo de Tárek Moysés Moussallem a defesa dos benefícios de tal opção:

A utilização das categorias lógicas por parte do jurista é uma das possíveis formas de *approach* da análise do direito positivo (objeto de estudos). Ela não é melhor ou pior, mais completa ou menos completa, parcial ou total. É apenas um dos métodos de aproximação possível. Por isso mesmo, não confere uma visão integral do fenômeno normativo. Aliás, nenhum conhecimento atinge o objeto em sua integridade. O saber ‘holístico’ ficará sempre no plano dos desejos humanos. *Conhecer é reduzir complexidades do objeto.*

(...)

Daí decorre precisa a lição de Paulo de Barros Carvalho para quem a Lógica enquanto Ciência tem por objeto de estudos ‘o pensamento da criatura humana, visto na condição de estrutura, independentemente de suas causas genéticas e das circunstâncias externas que lhe imprimem dinamismo funcional (...). interessa à Lógica lidar com as entidades formais que organizam a estrutura do pensamento’.

(...)

Isso significa dizer que a Lógica pode funcionar como *caminho* de aproximação do jurista em relação ao direito positivo, ou seja, como meio de *approach* para *descrever por compreensão sintática* o objeto (direito positivo). Como método, o jurista emprega as formas lógicas para desvelar as estruturas proposicionais em que se manifesta o direito positivo: aplica as formas lógicas ao direito positivo.²⁶⁸

Adiante se verá que, compreendida a dualidade da norma jurídica, a ação de cobrança atua na criação da norma primária, que estabelece o vínculo entre credor e devedor, conferindo liquidez e certeza à obrigação; o mandado de segurança, *garantia constitucional que é*, por outro lado, diz respeito apenas à norma secundária: pressupõe a violação de um direito líquido e certo (=descumprimento da norma primária já existente e completa) e é o meio pelo qual o credor provoca o Estado-juiz para garantir o cumprimento da norma primária.

²⁶⁸ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. A lógica como técnica de análise do direito. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Constructivismo lógico-semântico*, vol. I. Noeses, 2014, pp. 158-162.

Inicialmente, há de se admitir, como dito por Miguel Reale, que o fenômeno jurídico é marcadamente uma forma de organização das sanções, assim entendida toda e qualquer garantia de uma regra.²⁶⁹

Assim, as normas jurídicas prescrevem condutas humanas atrelando-as a consequências *jurídicas*, espécies do gênero *sanção*. Embora a norma moral e a norma jurídica sejam dotadas de sanção²⁷⁰, a *coatividade* — a possibilidade de emprego de força física — é exclusividade da ordem jurídica, conforme bem esclarecido por Hans Kelsen:

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas (...) com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros –, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto.

(...)

O Direito é uma ordem coativa, não no sentido de que ele – ou, mais rigorosamente, a sua representação – produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos.

(...)

...enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.²⁷¹

Advém daí a afirmação de que a “distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana.”²⁷²

²⁶⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 72/73.

²⁷⁰ Ibidem, p. 74: “A sanção, portanto, é gênero de que a sanção jurídica é espécie. (...) Alguns autores pretendem estabelecer um tipo de Moral sem sanção, mas, na realidade, todas essas tentativas têm falhado (...). O que caracteriza a sanção jurídica é a sua predeterminação e organização. Matar alguém é um ato que fere tanto um mandamento ético-religioso como um dispositivo penal. A diferença está em que, no plano jurídico, a sociedade se organiza contra o homicida, através do aparelhamento policial e do Poder Judiciário. (...)”

²⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. Ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009, pp. 35/71.

²⁷² Ibidem, p. 71.

Para o fim deste estudo, importa compreender que a *norma jurídica* prescreve, impõe que “algo *deve ser* ou acontecer, especialmente um homem se *deve conduzir* de determinada maneira”²⁷³. O *condicional* (*se... então...*) é, de fato, uma característica indispensável da norma jurídica, conforme reconhece Paulo de Barros Carvalho:

As normas jurídicas tem a organização interna das proposições condicionais, em que se enlaça determinada consequência à realização de um fato. Dentro desse arcabouço, a hipótese refere-se a um fato de possível ocorrência, enquanto o consequente prescreve a relação jurídica que se vai instaurar, onde e quando acontecer o fato cogitado no suposto normativo. Reduzindo complexidades, podemos representar a norma jurídica da seguinte forma: H→C, onde a hipótese (H) alude à descrição de um fato e a consequência (C) prescreve os efeitos jurídicos que o acontecimento irá provocar, razão pela qual se fala em descritor e prescriptor, sendo o primeiro para designar o antecedente normativo e o segundo para identificar seu consequente.²⁷⁴

(Grifo nosso)

Entretanto, a norma jurídica não se limita à previsão primária da conduta devida. Conforme sustenta Lourival Vilanova, a norma jurídica revela uma *dualidade* que é marcada justamente pela *sanção jurídica*, conferindo-lhe a *estrutura dual* assim explicada:

Seguimos a teoria da estrutura dual da norma jurídica: consta de duas partes, que se denominam norma primária e norma secundária. Naquela, estatuem-se as relações deonticas direitos/deveres, como consequência da verificação de pressupostos fixados na preposição descritiva de situações fácticas ou situações já juridicamente qualificadas; nesta, preceituam-se as consequências sancionadoras, no pressuposto do não-cumprimento do estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida.

(...)

Cada proposição normativa (sublinhando o ente lógico ‘proposição’), parte constituinte da proposição normativa total, mostra estrutura implicacional: se se dá um fato F, recolhido numa proposição p, um sujeito se põe em relação deontica com outro sujeito; se se verifica conduta oposta (contrária ou complementar) à conduta estabelecida como deonticamente devida, formulada na proposição ‘não-q’, então outra relação de sujeito para sujeito, deonticamente especificada, vem se estabelecer, recolhida na proposição r. Em síntese de linguagem formalizada: ‘p→q’, ‘não-q→r’.²⁷⁵

(Grifo nosso)

²⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. Ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009, p. 5.

²⁷⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 6. Ed. São Paulo: Noeses, 2015, pp. 143/144.

²⁷⁵ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2010, pp. 73/74.

Paulo de Barros Carvalho salienta a feição dúplice da norma jurídica destacando as características da *norma primária* e da *norma secundária*, expondo tanto os traços comuns a ambas quanto os que as diferenciam: em síntese, a previsão do direito e do dever reside na norma primária, ao passo que a garantia de uso da força do Estado está na norma secundária, para forçar o cumprimento do direito contemplado na norma primária:

Na completude, as regras do direito têm feição dúplice: (i) norma primária (...), a que prescreve um dever, se e quando acontecer o fato previsto no suposto; (ii) norma secundária (...), a que prescreve uma providência sancionatória, aplicada pelo Estado-Juiz, no caso de descumprimento da conduta estatuída na norma primária.

(...)

Tanto na primária como na secundária, a estrutura formal é uma só [D (p→q)]. Varia tão somente o lado semântico, porque na norma secundária o antecedente aponta, necessariamente, para um comportamento violador de dever previsto na tese de norma primária, ao passo que o conseqüente prescreve relação jurídica em que o sujeito ativo é o mesmo, mas agora o Estado, exercitando sua função jurisdicional, passa a ocupar a posição de sujeito passivo.

(...)

As duas entidades que, juntas, formam a norma completa, expressam a mensagem deontica-jurídica na sua integridade constitutiva, significando a orientação da conduta, juntamente com a providência coercitiva que o ordenamento prevê para seu descumprimento. Em representação formal: D {(p→q) v [(p→q) →S]}.²⁷⁶

(Grifo nosso)

O estudo do Direito exige a compreensão da norma jurídica em sua completude, em sua dualidade, articulando as normas primária e secundária (a que prevê que determinada hipótese tem como consequência um dever e a que atribui determinada sanção, a ser aplicada pelo Estado-juiz, se violado aquele dever).

A nota distintiva entre da norma secundária é a participação do Estado-juiz para repelir a violação ou garantir o cumprimento da norma primária. *A norma primária prevê a relação entre credor e devedor; a secundária, entre credor e Estado-juiz, em caso de não adimplemento do direito previsto na norma primária.*

²⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 6. Ed. São Paulo: Noeses, 2015, pp. 145/146.

A concepção acima, demonstrada sob a forma lógica, encontra respaldo também na doutrina de Maria Helena Diniz, que, reputando acertado o entendimento de Goffredo da Silva Telles Jr., afirma:

Tais são os motivos pelos quais definimos a norma jurídica: *imperativo autorizante*, que é a definição que lhe foi dada por Goffredo Telles Jr.

A norma jurídica é imperativa porque prescreve as condutas devidas e os comportamentos proibidos e, por outro lado, procura assegurar de modo efetivo o fato de que se não de realizar as condutas obrigadas e o fato de que não se produzirão os comportamentos vedados, pois é autorizante, uma vez que autoriza o lesado pela sua violação a exigir o seu cumprimento, a reparação do dano causado ou ainda a exigir a reposição das coisas ao estado anterior.

Todas as normas são mandamentos, são imperativos, porque fixam as diretrizes da conduta humana, mas só a jurídica é autorizante, porque só ela autoriza o lesado pela sua violação a exigir seu cumprimento ou a reparação do mal sofrido.²⁷⁷

Estabelecendo o diálogo entre as duas formas de interpretação da norma jurídica, a *norma primária* é o *imperativo* e prevê a obrigação, o direito a uma determinada prestação, ao passo que a *norma secundária* é o *autorizante* e prevê o acionamento do Estado-juiz para repelir a violação ou garantir o cumprimento.

Os acórdãos analisados ao longo deste estudo demonstram, na prática, o acerto da distinção verificada sob a forma lógica: a *ação de cobrança* é necessária quando se há de *constituir o crédito* e é voltada, portanto, para a criação da norma *primária*; o *mandado de segurança*, enquanto *garantia* constitucional por definição, atua no campo da *norma secundária* e, ao pressupor direito líquido e certo (=prova pré-constituída dos fatos), restringe-se aos casos em que a norma primária está completa (sem o quê inexistente direito líquido e certo).

7.5. Quanto à Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal: mandado de segurança e os pagamentos referentes a período anterior à impetração

Muito embora a Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal sugira a impossibilidade de determinar-se, em mandado de segurança, a realização de pagamentos de valores referentes

²⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 146.

a período anterior à impetração, a lei federal nº 5.021/1966 logo estipulou em sentido contrário e, partindo da premissa da *possibilidade*, regulamentou que, em relação aos servidores públicos, os pagamentos se restringem aos valores devidos após a impetração.

Além de a doutrina²⁷⁸ já defender, há tempos, que a lei federal nº 5.021/1966 revogou tacitamente a Súmula 271 do STF, os julgados analisados ao longo do presente estudo demonstram que o teor da referida Súmula 271 não é condizente com a realidade e deixa de ser aplicado em uma plêiade de casos.

O traço comum aos casos em que a sentença concessiva do mandado de segurança produziu — legitimamente — efeitos patrimoniais pretéritos, referentes a período anterior à impetração — além dos pressupostos genéricos do mandado de segurança — é um só e reside *fora* das normas processuais do mandado de segurança: em rigor, trata-se novamente da prévia orçamentação, exigência dos art. 167, II e 169, § 1º, I e II da Constituição Federal, assim como do art. 16 da LC 101/2000 e do art. 60 da lei nº 4.320/1964, dentre outros e com os quais busca dialogar o art. 14, § 4º, da lei federal nº 12.016/2009.

A demonstração do direito líquido e certo depende da comprovação, com a petição inicial, de que os valores pleiteados se encontram previamente orçamentados, sob pena de o direito material impedir que o magistrado determine (=mande, para utilizar termo condizente com o provimento jurisdicional) o pagamento.

Muito embora do enunciado da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal se leia que “[c]oncessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”, são diversos os acórdãos que encontram fundamentos para autorizar rigorosamente o oposto, ou seja, que em mandado de segurança se mande a autoridade pagar, imediatamente, valores referentes a período anterior à impetração.

Em rigor, conforme se pôde denotar, o mecanismo por detrás dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal que admitem ou inadmitem os efeitos patrimoniais do mandado de segurança, sejam eles anteriores ou posteriores à impetração, não residem exclusivamente no

²⁷⁸ Sérgio de Andrea Ferreira, Celso Agrícola Barbi, Cassio Scarpinella Bueno, dentre outros.

campo do direito processual civil, mas do contato direto entre o direito processual e o direito *material*, notadamente das normas do direito financeiro que regem as despesas públicas.

O mandado de segurança, por força da Constituição Federal, tem por finalidade corrigir ação ou omissão ilícita de autoridade; deve corrigir a conduta, adequando-a à lei. Deve *mandar pagar* quando, preenchidos os pressupostos do mandado de segurança, o não pagamento revelar violação à lei orçamentária. Quando a ordem de pagamento encontrar óbice na legislação material que rege as finanças públicas, inexistente direito líquido e certo que ampare esta pretensão.

Por isso, a juridicidade da sentença que *manda pagar* depende da possibilidade de realização da despesa e esta, por sua vez, depende de *prévia dotação orçamentária*, bem como da *liquidez da referida despesa*. Na falta destes pressupostos, o direito material impede a realização da despesa pública e, portanto, haverá carência de direito líquido e certo para a pretensão a receber, devendo o pedido se limitar à ordem para que a autoridade preveja a despesa no orçamento do próximo exercício.

7.6. Situações práticas que confirmam o acerto e a utilidade da proposta

A sistematização acima proposta pode ser validada a partir de situações práticas cujas peculiaridades fazem conflitar argumentos determinantes para os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. A partir dos exemplos abaixo, serão aplicadas as premissas hermenêuticas e metodológicas indicadas no início do estudo, legitimando a conclusão.

7.6.1. Compensação de créditos tributários

A primeira situação demanda menores explicações, até porque a sua comprovação deriva da prática consagrada no Superior Tribunal de Justiça, conforme se demonstrou no item 6.3.8, *supra*, em que foi estudado o acórdão proferido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o recurso especial nº 1.111.164/BA, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 13/05/2009.

Em síntese, o mandado de segurança é reconhecido como instrumento processual hábil não apenas à *declaração do direito de compensar* créditos tributários, mas *também* para viabilizar a *efetiva compensação*, agregando (i) pedido de juízo específico sobre os elementos

da própria compensação²⁷⁹ ou (ii) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação²⁸⁰.

Em casos enquadráveis na segunda hipótese, exige-se da petição inicial, para preencher o requisito do direito líquido e certo, a “comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar”.

A prova documental pré-constituída da operação realizada ou pretendida viabiliza o manejo do mandado de segurança e a produção de efeitos patrimoniais. A esta hipótese de estudo, entretanto, parece faltar um elemento complicador que se buscará inserir nas situações seguintes: a ordem de *desembolso de valores*, verdadeiros *pagamentos* decorrentes da sentença proferida em mandado de segurança.

7.6.2. Atraso de transferências constitucionais

O segundo exemplo tende a exigir ao extremo o modelo de regras do mandado de segurança e de seus efeitos patrimoniais. Elencamos, para tanto, um exemplo em que a prestação *in natura* de direito do impetrante coincide com o que se costuma impedir por meio da incidência das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal: a *prestação pecuniária*, a simples transferência de recursos financeiros.

Tem-se por certo e inquestionável a regra segundo a qual o rito especial do mandado de segurança serve para tutelar a prestação *in natura*, sendo *inadmissível cogitar-se da conversão da prestação original em perdas e danos*.

Qual seria a solução de Direito para os casos em que a prestação *in natura* é exatamente o repasse de valores financeiros, a transferência patrimonial previamente acordada?

²⁷⁹ Exemplos: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar.

²⁸⁰ Exemplos: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação.

A resposta advém, primeiro, da adequada compreensão da regra própria do mandado de segurança, a qual não tolera a *conversão* do direito em perdas e danos, pois não se veicula, em mandado de segurança, pretensão indenizatória. No caso em análise, em que a prestação devida é de natureza pecuniária, inexistente conversão de uma prestação em outra: o recebimento de valores é a prestação original.

Em segundo lugar, é preciso compreender que *exigir o efetivo cumprimento de uma transferência de valores previamente ajustada, líquida e vencida, não é pleitear a constituição de um crédito*. É *desnecessária a formação da norma primária* (que descreveria o direito e os titulares) e, em rigor, *basta a atuação da norma secundária*, ou seja, a que prevê a atuação do Estado-juiz para forçar o devedor *fazer* aquilo a que já se havia comprometido.

Sendo certa e líquida a obrigação de transferir recursos, a pretensão de que o Poder Judiciário *mande* o devedor cumpri-la não se confunde com a “ação de cobrança”, conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal, exemplificativamente, em ambas as situações de tal natureza foram examinadas nos itens 6.3.5 e 6.3.6, *supra*.

No caso da ADPF 339/PI (item 6.3.5, *supra*), o Supremo Tribunal Federal concedeu a segurança e determinou o “repasso dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias da Defensoria Pública, compreendidos os créditos suplementares e especiais, sob a forma de duodécimos, até o dia 20 de cada mês, em conformidade com o que determina a Constituição Federal, art. 134, § 2º, e 168.”

No acórdão proferido, o Supremo Tribunal Federal não apenas determinou à autoridade coatora a realização de repasses de recursos, mas também a determinou que o fizesse em relação às parcelas já vencidas, o que confirma o acerto do quanto defendido ao longo do item 7 deste estudo a respeito das regras do direito financeiro, das obrigações de fazer que culminam na realização da despesa pública e, portanto, da não incidência Súmula nº 271 do Supremo Tribunal Federal quando demonstrado, com a petição inicial, que os valores em atraso estão devidamente orçamentados.

No outro caso, da SS 5.151/RR-MC (item 6.3.6, *supra*), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legalidade do bloqueio de contas do Estado de Roraima, anteriormente

determinado pelo Tribunal local, para viabilizar o repasse de cotas duodecimais de direito da Assembleia Legislativa.

Em ambos os casos, o que se tem nada mais é do que o reconhecimento do alcance do mandado de segurança para *mandar* que determinada autoridade cumpra sua obrigação de realizar repasse de valores previamente ajustados e orçamentados.

Ambos os casos revelam, ainda, uma nota de suma relevância: estando orçamentados os valores, não incide a Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal, porquanto não se está a discutir a constituição de um direito novo, não se compromete o orçamento público; apenas *determina-se o cumprimento da lei orçamentária*.

A grande questão, a partir de tais constatações, é a seguinte: *observado o princípio constitucional da isonomia, a regra aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em ambos os casos, vale igualmente em favor dos particulares*.

Deveras, não há qualquer argumento que justifique permitir que a segurança seja concedida em favor autoridades públicas e de pessoas jurídicas de direito público, mas não em favor de particulares. *O mandado de segurança é o mesmo, regido pelas mesmas normas constitucionais e legais, de modo que nada justifica eventual tratamento diferenciado*.

Recuperado o histórico do mandado de segurança, lembra-se que a finalidade precípua desta garantia constitucional é justamente assegurar o direito de *particulares* que venham a ser ameaçados ou violados por autoridades públicas. *Portanto, afirmar que determinadas tutelas possam ser obtidas, em mandado de segurança, apenas por quando impetrados por autoridades públicas ou pessoas jurídicas de direito público seria desnaturar gravemente do instituto, negando sua natureza e suas finalidades nucleares*.

Nota-se, ademais, que além de inexistir argumento idôneo para eventual distinção dos efeitos do mandado de segurança em favor de particulares e em favor do Poder Público, também *inexiste razão legítima para impedir que se determine os repasses de valores vencidos antes da impetração*, pois tal restrição atentaria contra o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que impede que a lei — e, portanto, também as súmulas — impeça o Poder Judiciário de tutelar o direito já lesado ou ameaçado. *A Constituição Federal assegura a tutela preventiva*

e também a reparatória e “[o] mandado de segurança admite decisão *repressiva* e *preventiva*”²⁸¹.

Quanto a isso, novamente cumpre distinguir o que seria a conversão do direito *in natura* em reparação por perdas e danos (vedado em mandado de segurança) do que próprio do mandado de segurança: os efeitos *ex tunc* da sentença, assegurando o cumprimento *in natura* da obrigação após a correção da ilegalidade, mesmo referente a período anterior à impetração, conforme defendem Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes:

A execução da sentença concessiva da segurança é imediata, específica ou in natura, isto é, mediante o cumprimento da providência determinada pelo juiz, sem a possibilidade de ser substituída pela reparação pecuniária.

(...)

A segurança pode prestar-se à remoção de obstáculos a pagamentos em dinheiro, desde que a retenção desses pagamentos decorra de ato ilegal da Administração — como, por exemplo, a exigência de condições estranhas à obrigação do credor para o recebimento do que lhe é devido. Neste caso, o juiz poderá ordenar o pagamento, afastando as exigências ilegais. O que negamos, de início, é a utilização da segurança para a reparação de danos patrimoniais, dado que seu objeto próprio é a invalidação de atos de autoridade ofensivos de direito individual líquido e certo.²⁸²

Ao invalidar-se o ato ilícito que impediu o repasse pontual dos valores conforme previsto inicialmente, consequência lógica e imediata é a realização da transferência, ainda que referente a período anterior à impetração. Portanto, reforça-se ser grave o equívoco de presumir que qualquer mandado de segurança não poderia produzir efeitos patrimoniais pretéritos; esta vedação decorre do direito material, do direito financeiro, e se aplica em determinados casos, deixando de se aplicar em outros.

A Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal peca ao sugerir se tratar de uma limitação do mandado de segurança quando, em rigor, trata-se de uma peculiaridade do direito material, pois ao fazê-lo a Súmula generaliza a vedação, que deveria incidir sobre uma parcela de casos e não incidir sobre tantos outros. Por isso, temos para nós que a Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal, por restringir indevidamente o espectro de atuação do mandado de segurança, é inconstitucional.

²⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar F. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 115.

²⁸² *Ibidem*, pp. 118/120.

Para todos os fins, firma-se a conclusão de cabimento do mandado de segurança para tutelar o direito dos entes federativos (pessoas jurídicas de direito público etc.) ao recebimento de transferências constitucionais a cargo de outros entes públicos.

7.6.3. Retenção injustificada de repasses devidos em parcerias entre Primeiro e Terceiro Setores

A mesma ordem de ideias acima exposta é válida para a tutela de direitos e obrigações firmados em parcerias entre Estado e Terceiro Setor.

Em resumo, para a consecução de atividades de interesse coletivo que não configuram serviço público em sentido estrito (saúde, educação, cultura etc., v. ADI 1.923/DF), o Estado pode firmar *parcerias* com representantes da sociedade civil organizada sem fins lucrativos (associações e fundações).

Por meio de tais parcerias, o Estado se limita à execução *indireta* das atividades: mantém o controle, fixa diretrizes e realiza o custeio do plano de trabalho; a entidade do Terceiro Setor assume a execução *direta* do plano de trabalho, gerenciando os recursos públicos recebidos de acordo com o cronograma de repasses ajustado no instrumento que formalizou a parceria (Contrato de Gestão, Termo de Parceria etc.), em que constam valores e datas certos, além da dotação orçamentária.

A dinâmica que se instaura é a seguinte: firmado o plano de trabalho, o Poder Público tem de repassar valores para a entidade parceira, que executa o plano de trabalho e, ato contínuo, presta contas. Um problema comum a tais parcerias é justamente a impontualidade com que tais recursos são repassados.

Diferentemente do que se dá no regime dos contratos administrativos, as entidades do Terceiro Setor não são obrigadas por lei a executar as atividades por 90 (noventa) dias até terem o direito de suspendê-las. Isso porque, nos contratos administrativos, a execução das obras ou serviços se dá com recursos próprios da contratada que, após a entrega, é remunerada; nas parcerias sem fins lucrativos, o particular se obriga a desempenhar determinada atividade

com os recursos públicos. Tanto é assim que nestas últimas há prestação de contas — algo que só faz sentido para quem administra recursos alheios — e nos contratos, não.

Qual seria, em tais circunstâncias, o instrumento jurídico para o parceiro privado corrigir os atrasos por parte do parceiro público? Apenas um: o mandado de segurança.

Conforme já demonstrado, no caso não há interesse para eventual ação de cobrança. O que o particular *necessita* não é que o Poder Judiciário reconheça o direito de receber, mensalmente, determinado valor, pois isso já consta do instrumento da parceria (leia-se: *a norma primária já está formada*). A necessidade é de se corrigir a conduta da autoridade que se omite no dever de realizar o repasse do valor previamente fixado, na data e com os recursos da dotação orçamentária previstos no acordo firmado.

E há mais: *eventual ação de cobrança sequer é útil para os fins pretendidos*, pois a parceria depende do cumprimento rigoroso dos ciclos mensais de repasse, execução e prestação de contas. Sem os repasses pontuais, mês a mês, falta pressuposto para a execução das atividades pelo parceiro privado. *O único instrumento processual capaz de viabilizar, eficaz e eficientemente, a tutela do direito da entidade do Terceiro Setor é o mandado de segurança.*

E além de se tratar do único instrumento *adequado* a viabilizar a tutela jurisdicional efetiva, pelas razões elencadas ao longo do item 7 deste estudo, o manejo do mandado de segurança para assegurar os repasses de recursos em questão é absolutamente possível, não configurando hipóteses de incidência das Súmulas 269 ou 271 do Supremo Tribunal Federal.

7.6.4. Liberação de pagamentos devidos a contratados e retidos abusivamente

O raciocínio esposado ao longo deste estudo revela-se útil e eficiente também no que diz respeito a problemas corriqueiros na execução de contratos administrativos: os atrasos e retenções indevidas de pagamentos.

Usualmente, os particulares contratados pelo Poder Público executam obras e serviços que são submetidos a medição — ato este por meio do qual é liquidado o valor devido ao executor da atividade — para pagamento, seguindo os passos determinados pela lei nº 8.666/93 e pelas já mencionadas regras de direito financeiro. Claramente, eventual omissão do

Poder Público, abstendo-se de realizar a medição, pode ser corrigida por meio de mandado de segurança: a sentença, entretanto, declarará a ilegalidade da omissão e apenas determinará que se realize a medição.

Outro cenário se configura quando o ato coator se manifesta após a medição da obra ou serviço. É de praxe que, ato contínuo à medição, o contratado envie ao responsável indicado pelo contratante, de posse da medição, um conjunto de documentos comprovando a execução dos serviços e a manutenção das condições da contratação.

Seja omissiva ou comissiva a conduta da autoridade — v.g.: recusando-se a receber o pedido de pagamento, não respondendo ao pedido dentro de prazo razoável ou formulando exigências descabidas, como formulando exigências abusivas, sem amparo em lei ou no contrato —, é cabível a impetração de mandado de segurança para que, corrigindo-se a conduta ilícita da autoridade, determine-se o pagamento do valor reconhecidamente devido.

Nesta hipótese, a afirmação do cabimento do mandado de segurança para que se ordene à autoridade coatora a realização do trâmite normal de pagamento ao contratado é absolutamente condizente com todos os acórdãos analisados ao longo deste estudo: o direito líquido e certo do impetrante dirá respeito a três fatos: (i) demonstração documental de que o valor devido foi liquidado de acordo com a previsão contratual, (ii) a recusa do recebimento do pedido de pagamento ou a falta de resposta em prazo hábil e, *ad cautelam*, (iii) a existência de prévia dotação orçamentária.²⁸³

Também nesse caso não cabe aplicar as Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal porquanto há prova documental pré-constituída a respeito do direito do impetrante ao trâmite regular do processo de pagamento, bem como em razão da existência de recursos financeiros orçamentados para este fim. Nesta hipótese vale observar, uma vez mais, a

²⁸³ Em rigor, a prova deste terceiro fato deveria ser dispensada, porquanto, por força do art. 7º, § 2º, III, da Lei nº 8.666/1993, “As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando (...) houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma”.

afirmação de Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes a respeito da possibilidade de determinar-se pagamento em sede de mandado de segurança²⁸⁴.

7.6.5. Anistiados

O cabimento do mandado de segurança para assegurar os pagamentos devidos aos anistiados, conforme se verificou dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal anteriormente analisados, é irrecusável.

A adequação da garantia constitucional àquele fim, entretanto, não se dá por uma condição especial dos anistiados, tampouco pela existência de uma Portaria assegurando o direito ao recebimento dos valores.

A possibilidade de tutela jurisdicional do direito assegurado na respectiva portaria que reconhece a condição de anistiado se dá rigorosamente pela possibilidade de comprovação documental, com a petição inicial, (i) da certeza e da liquidez do direito de receber valores e (ii) da existência de dotação orçamentária ou omissão ilícita no dever de inserir tais despesas no orçamento.

Portanto, de acordo com o caso concreto, a sentença do mandado de segurança deverá determinar a realização do pagamento conforme previsto na Portaria, se já orçamentado, ou a inserção das despesas no orçamento do próximo exercício.

7.6.6. A ordem cronológica dos pagamentos

Outra possível situação que demonstra o acerto das conclusões extraídas ao longo do estudo e que faz enriquecer o rol de hipóteses de utilização do mandado de segurança é para assegurar, na prática, o direito à ordem cronológica de pagamentos, previsto no art. 5º, *caput*, da lei federal nº 8.666/1993, e no *caput* do art. 100 da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das

²⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar F. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 118/120.

obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

(Grifo nosso)

Ao assumir débitos, a administração pública, em respeito ao princípio da isonomia, tem de conferir o mesmo tratamento a todos os seus credores. Por isso, não é dado ao administrador escolher *se, quando* ou *a quem* se realizará os pagamentos.

Ao prever que a administração pública deve se pautar em critérios objetivos e isonômicos, notadamente pela *ordem cronológica*, e aos devedores é conferido o direito subjetivo a exigir que assim se proceda, cabendo recorrer ao Poder Judiciário para prevenir ou corrigir toda e qualquer inversão indevida da ordem cronológica dos pagamentos.

Em relação aos precatórios, a jurisprudência é clara e pacífica a respeito do cabimento do mandado de segurança. As nuances, nesta hipótese, são mais evidentes porquanto a gestão dos precatórios é feita pelo Presidente do Tribunal de Justiça (art. 100, §§ 6º e 7º da Constituição Federal²⁸⁵), não pelo devedor, sendo mais perceptível o que e a quem se dirige pretensão condenatória, a quem incumbe meras obrigações de fazer (atos de organização dos pagamentos) etc.

²⁸⁵ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (...)

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

Contornos mais interessantes são verificados, entretanto, quando não se trata de precatórios e ordem cronológica dos pagamentos é incumbência do próprio devedor, como se dá nos termos do *caput* do art. 5º da lei federal nº 8.666/1993.

O contratado, como se disse, tem direito de não ser preterido. Disso se extrai que a situação de fato pode tornar exigível o imediato pagamento ao contratado. Um caso prático pode ilustrar a afirmação.

A sociedade A foi contratada e, por 90 (noventa) dias, executa as obras objeto do contrato. Não tendo recebido os valores das medições feitas e aprovadas pela contratante, que alegava indisponibilidade de recursos financeiros suficientes, a contratada exerce o direito previsto no art. 78, XV, da lei nº 8.666/1993 e suspende as atividades.

Instaurada a controvérsia, a administração pública pratica atos tendentes à rescisão unilateral do contrato e promove a contratação da sociedade B para assunção do projeto, com início imediato das obras, prometendo-lhe pagamento com recursos da mesma dotação orçamentária indicada no contrato rescindido.

De imediato, mesmo antes de realizado qualquer pagamento à sociedade B, claro e manifesto o cabimento do mandado de segurança, a ser impetrado pela sociedade A, com fulcro no art. 5º da lei nº 8.666/1993, determinando à autoridade responsável que observe a ordem cronológica dos débitos, realizando pagamentos à nova contratada apenas após a quitação das dívidas perante a sociedade A.

Qual a solução, entretanto, se a administração pública, contratante, houver realizado um pagamento à sociedade B, nova contratada, antes de adimplir os débitos mais antigos, contraídos em face da sociedade A? Razão alguma para duvidar que a atuação do Poder Judiciário deve ser provocada igualmente por meio de mandado de segurança.

Os fatos são amplamente favoráveis à sociedade A e passíveis de comprovação documental: o contrato só foi firmado porque a administração pública dispunha de recursos orçamentários suficientes (art. 7º, § 2º, III, da lei nº 8.666/1993); a medição realizada e aprovada confere certeza e liquidez ao direito do impetrante; o pagamento em favor da nova contratada comprova a violação do art. 5º, *caput*, da lei nº 8.666/1993.

Não haveria *interesse*, por parte da sociedade A, para ajuizar ação de cobrança, porquanto sua pretensão não é conferir certeza e liquidez ao direito de crédito já reconhecido, administrativamente, pela administração pública contratante. Tampouco há interesse em agregar ao seu direito qualquer outro elemento que lhe permita ser exigível, pois já é. *O interesse da sociedade A é apenas e tão-somente o cumprimento da norma primária já perfeita; é viabilizar, de alguma maneira, o efetivo pagamento não realizado por ato ilícito da autoridade coatora, embora dispusesse de todos os elementos necessários para fazê-lo.*

Absurdo seria afirmar que, em tal cenário, o Poder Judiciário não pudesse reconhecer o direito líquido e certo, (i) *mandando* a autoridade coatora não praticar ato capaz de configurar preterição dos créditos da sociedade A e, da mesma forma que se adota quando há preterição na ordem cronológica de precatórios, (ii) determinando o *sequestro* de verbas nas contas públicas para assegurar a satisfação do direito da sociedade A.²⁸⁶⁻²⁸⁷⁻²⁸⁸

Acertada, portanto, a praticamente solitária decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial 1.095.777, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 01/09/2009, cujo acórdão foi assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPEDIR PAGAMENTO SEM OBSERVÂNCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA - ART. 5º DA LEI 8.666/93 - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CONSEQUÊNCIA REFLEXA - PAGAMENTO DA DÍVIDA - DEMONSTRAÇÃO DO INTERESSE PROCESSUAL.

1. Não se confunde a ação de cobrança com o mandado de segurança impetrado para exigir obediência à ordem de pagamento das dívidas de cada unidade da Administração, conforme o art. 5º da Lei 8.666/93.
2. O pedido imediato no mandado de segurança tem como propósito obter provimento mandamental que garanta ao credor de débito mais antigo preferência sobre o credor titular de crédito mais recente, quanto ao pagamento, nos termos da lei que estabelece critérios para a Administração pagar aos seus credores.
3. Tal pretensão não se confunde com a contida na ação de cobrança, em que o credor exige direta e imediatamente o adimplemento do débito em juízo.
4. Inviável o conhecimento do dissídio jurisprudencial, por tratar o paradigma de matéria fática diversa da que serve de suporte para o acórdão impugnado.

²⁸⁶ Neste sentido: TJSP-Órgão Especial: MS 9054088-54.2008.8.26.0000, Rel. Des. Armando Toledo, j. 26/08/2009 e MS 0233881-04.2011.8.26.0000, Rel. Des. Corrêa Vianna, j. 25/08/2012.

²⁸⁷ TJSP-2ª Câ. D. Público, AI 2182761-43.2015.8.26.0000, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 20/10/2015.

²⁸⁸ TJSP-2ª Câ. D. Público, Ap. Cível 9071055-53.2003.8.26.0000, Rel. Des. Aloísio de Toledo César, j. 10/05/2005.

5. É manifestamente inadmissível o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido, conforme dispõe a Súmula 283/STF.
6. Não compete ao STJ o exame de matéria constitucional em instância extraordinária.
7. Recurso especial da CCR - CONSTRUÇÕES CIVIS E RODOVIÁRIOS LTDA não conhecido, sendo conhecido em parte, mas não provido o recurso especial do MUNICÍPIO DE MATOZINHOS.

(Grifo nosso)

Uma vez mais se confirma o acerto da doutrina de Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, segundo a qual “A segurança pode prestar-se à remoção de obstáculos a pagamentos em dinheiro, desde que a retenção desses pagamentos decorra de ato ilegal da Administração (...). Neste caso, o juiz poderá ordenar o pagamento, afastando as exigências ilegais.”²⁸⁹

7.6.7. Salários e proventos devidos não recebidos durante o período em vigorou ato ilícito de demissão ou exoneração

A compreensão do modelo proposto, em que as regras são objetivas e consoantes os princípios de direito constitucional, levam à afirmação de que, em rigor, é inconstitucional o art. 14, § 4º, da lei nº 12.016/2009, segundo o qual “O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.”

Embora a situação em apreço se torne um tanto mais complexa em razão de expressa disposição de lei, impondo, ao menos em princípio, a obediência àquela restrição, fato é que *o modelo constitucional não comporta o tratamento restritivo e não isonômico que o art. 14, § 4º, da lei nº 12.016/2009 confere aos servidores públicos*, merecendo lúcida e incisiva crítica de J. E. Carreira Alvim:

Nunca consegui entender o sentido da regra do § 4º do art. 14, que repete, por sinal, o disposto no art. 1º, *caput*, da revogada Lei 5.021/1966, dispondo ambos que o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e

²⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar F. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 118/120.

municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem *a contar da data do ajuizamento da inicial*.

Isso porque, se o impetrante já demonstrou ser titular de um *direito líquido e certo* contra a administração pública, não faz o menor sentido limitar a eficácia da sentença mandamental às prestações que se vencerem *a partir do ajuizamento da inicial (rectius, da ação)*, a não ser o propósito de *limitar* ainda mais o uso do mandado de segurança, em favor do sempre ímprobo litigante, que é o poder público, nas três esferas de governo (federal, estadual e municipal) e *adjacências* (autarquias, fundações públicas etc.).²⁹⁰

Deveras, a disposição de lei em questão afronta a Constituição Federal e é merecedora de declaração de inconstitucionalidade. Se assim considerada, o conjunto de regras *constitucionais* e objetivas do mandado de segurança levam à afirmação segura de que, declarada a ilegalidade do ato coator contra o qual se insurge na petição inicial, a correção dos efeitos do ato ilícito deve se dar *ex tunc*, incluindo, portanto, eventuais pagamentos decorrentes dessa declaração.

A solução, entretanto, é mais afeta ao direito material do que ao direito processual. Eventual impossibilidade da determinação de pagamentos de valores devidos aos servidores antes do ajuizamento da petição inicial não diz respeito a uma suposta limitação *do* mandado de segurança, pois, como já se viu, são inúmeras as situações em que os pagamentos retroativos foram determinados e realizados; a vedação se dá na situação específica, de acordo com os fatos e com o direito *material*.

Os erros do art. 14, § 4º, da lei nº 12.016/2009 são os mesmos da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal: generalizar uma das situações regidas pelo direito material (que é a impossibilidade de pagamento retroativo), tornando-a regra (indevidamente), e transporta-la para o plano do direito processual, como se a vedação dissesse respeito à estrutura do mandado de segurança, quando, na verdade, não é.

Assim como se evidenciou que, apesar da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal, há casos em que o mandado de segurança produz legitimamente efeitos pretéritos, a compreensão do modelo constitucional do mandado de segurança — conjugando as regras de

²⁹⁰ ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à lei do mandado de segurança – lei 12.016/2009*. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2017, pp. 258/259.

direito material com as de direito processual — leva à percepção de que não é (ao menos não deveria ser) norma geral a afirmação do art. 14, § 4º, da lei nº 12.016/2009.

A vedação do § 4º é legítima, à luz da Constituição Federal, *se e quando* a ordem de pagamento encontrar obstáculo nas regras de direito financeiro, ou seja, quando a determinação de pagamento de valores referentes a período anterior à impetração colidir com impedimento, constitucional ou legal, para que a autoridade a cumpra, pois ao juiz não é dado determinar a realização de conduta vedada pela legislação.

Do contrário, inexistindo óbice do direito financeiro, mostra-se *constitucional* desconsiderar a restrição indevida imposta aos efeitos da sentença do mandado de segurança pelo art. 14, § 4º, da lei nº 12.016/2009, da mesma forma que reiteradas vezes o Supremo Tribunal Federal reputou acertado fazê-lo em relação à Súmula 271.

7.7. Breves ponderações sobre o papel das Súmulas e a simplificação do universo de fato e de Direito em julgamentos relevantes: os casos da ADPF 250 e do RE 889.173

As Súmulas em questão, como as demais súmulas jurisprudenciais, não poderiam inovar o Direito e estipular regras novas, mas apenas evidenciar a interpretação daquilo que já se encontra positivado na Constituição Federal e na legislação. Por isso, aliás, com tanto afínco o E. Min. Victor Nunes Leal, embora tenha se equivocado ao defender a impossibilidade de interpretação — ao dizer que, ao fazê-lo, estar-se-ia interpretando a interpretação, retomando a insegurança jurídica que se buscou corrigir por meio da súmula —, acertadamente afirmou que “[a] Súmula não é norma autônoma, não é lei, é uma síntese da jurisprudência”.²⁹¹ Em mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira tanto defendeu a ausência de qualquer amparo normativo para hipotética vinculatividade das súmulas.²⁹²

Tanto por isso, nos tópicos a seguir se buscará as regras nucleares que levaram à edição das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, de modo a orientar a adequada interpretação à luz do que, em rigor, cria o Direito brasileiro: a Constituição Federal e a legislação que com ela esteja concorde.

²⁹¹ LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da súmula do S.T.F.* Porto Alegre: Ajuris, 1982, p. 59.

²⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: _____. *Temas de direito processual: nona série.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 300.

Antes disso, todavia, cabem breves parágrafos para lançarmos luzes sobre um efeito colateral perigoso da adoção de súmulas e indexadores jurisprudenciais, prática tão enaltecida por grande parte da doutrina e, ao que tudo indica, estimulada pelo Código de Processo Civil.

De fato, mecanismos de aplicação isonômica e eficiente do Direito hão de ser buscadas, utilizadas e continuamente aprimoradas. Entretanto, a drástica redução de um entendimento jurisprudencial, extraído de um caso complexo, a um enunciado de uma ou duas linhas, traz consigo os riscos do desvirtuamento, seja pela perda do real sentido do entendimento sumulado, seja pela aplicação a casos que não guardam verdadeira similitude com o caso que originou a súmula.

Por óbvio, dirão os defensores da prática, o trabalho de elaboração e de aplicação da súmula é bastante mais rico, trabalhado e, claro, passa e passará por aprimoramentos. Estamos de acordo com essa afirmação e, vale ressaltar, a reflexão proposta não recai apenas sobre a elaboração e/ou aplicação de súmulas, mas à pernicioso redução da complexidade dos fatos e das normas jurídicas em julgamentos relevantes, como os que envolvem o mandado de segurança, matéria constitucional, verdadeiro *direito fundamental*.

Ilustrando os riscos e problemas das desmedidas simplificação e generalização, abordaremos dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e que vieram à tona recentemente: a ADPF nº 250 e o RE 889.173/MS.

Em 23 de setembro de 2019, a página do Supremo Tribunal Federal publicou notícia de julgamento recente, em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, em que se teria decidido que pagamentos feitos pela Fazenda Pública, em cumprimento de sentença de mandado de segurança, genérica e absolutamente, deveriam ser feitos mediante precatórios e que a única exceção seria obrigação de pequeno valor, *verbis*:

Obrigações pecuniárias também devem ser pagas por meio de precatórios, reafirma STF

O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão unânime, reafirmou a necessidade do uso de precatórios para o pagamento de dívidas da Fazenda Pública, mesmo que o débito seja proveniente de decisões que concederem mandados de segurança. A decisão foi tomada no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 250, por meio da qual o

então governador da Bahia Jaques Wagner questionava uma série de decisões judiciais em mandados de segurança que obrigavam o governo estadual a pagar as dívidas fora da regra constitucional dos precatórios.

Segundo entendimento da Corte, devem prevalecer os requisitos do artigo 100 da Constituição Federal, como a ordem cronológica para o pagamento da dívida. A exceção é para as obrigações definidas como de pequeno valor, previstas no parágrafo 3º do mesmo artigo. Em julgamento realizado no Plenário Virtual e concluído no dia 12 de setembro último, os ministros acompanharam o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia.

A relatora lembrou que o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 889173, reafirmou jurisprudência sobre a necessidade de uso de precatórios para o pagamento de dívidas da Fazenda Pública, mesmo aquelas relativas às pendências acumuladas no período entre a impetração do mandado de segurança e a concessão da ordem, como no caso.²⁹³

Deveras, a ementa do acórdão da ADPF 250 afirma, indistinta e infelizmente:

2. Necessidade de uso de precatórios no pagamento de dívidas da Fazenda Pública, independente de o débito ser proveniente de decisão concessiva de mandado de segurança, ressalvada a exceção prevista no § 3º do art. 100 da Constituição da República (obrigações definidas em leis como de pequeno valor). Precedentes.

Mais uma vez, consta dos anais do Supremo Tribunal Federal um acórdão proferido em ADPF, de alta relevância formal para o sistema jurídico, sugerindo que todo e qualquer pagamento decorrente de sentença concessiva de mandado de segurança dependeria de Precatórios, o que não é correto.

Analisando o teor do acórdão, percebe-se que o julgamento não se debruçou sobre o alcance ou eventual limitação *do mandado de segurança*. O quadrante delineado na petição inicial, conforme relata o próprio acórdão, diz respeito a “pagamento de créditos oriundos de sentenças condenatórias de obrigações pecuniárias em face do Poder Público”, ou seja: *a ADPF trata da forma de pagamento de obrigações novas, formadas e impostas à Fazenda Pública a partir da sentença judicial*. E isso é bastante diferente, como já se demonstrou, de hipóteses em que o mandado de segurança busca efetivar o pagamento de obrigação já existente e para a qual existe reserva orçamentária. A ADPF simplesmente desconsidera tais situações! Isso significa que, embora a ADPF verse sobre *uma parcela dos casos tuteláveis por meio do mandado de*

²⁹³ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=424240>. Acesso em 10/10/2019 às 20:46.

segurança, a redação do acórdão — e da ementa, principalmente — leva à falsa impressão de que todo e qualquer pagamento decorrente da sentença concessiva de segurança deveria ocorrer pela via dos Precatórios.

Interessante observar que, naquele caso, o Estado da Bahia se insurgia contra suposta inobservância do art. 100 da Constituição Federal pelo respectivo Tribunal de Justiça, que, segundo a petição inicial, reiteradas vezes (são listados seis mandados de segurança²⁹⁴) determinou a realização imediata de pagamentos, desrespeitando a ordem dos Precatórios.

Constam dos autos, entretanto, as *informações* prestadas pelos Desembargadores relatores dos mandados de segurança citados na ADPF 250 e, a partir delas, observa-se que houve tratamento indistinto para casos díspares. Em alguns, o que houve foi a determinação de pagamentos a partir da impetração, com fundamento na Súmula nº 271 do Supremo Tribunal Federal; em outros casos, o que se determinou foi a *inclusão das despesas em folha* e, apenas após anos de inadimplemento, impôs-se o cumprimento forçado. E mais: as determinações de pagamento “imediato” (após não cumprimento da ordem de inclusão em folha) ocorreram antes da Emenda Constitucional nº 62/2009, quando o art. 100 da Constituição Federal ainda excluía, expressamente, os créditos de natureza alimentícia da regra dos pagamentos via Precatórios.

Ainda assim, entretanto, deparamo-nos com um acórdão de extrema relevância — ao menos formal — para o sistema jurídico vigente, em que o texto final é descolado do conteúdo e este, por sua vez, se distancia de importantes particularidades fáticas. Portanto, entre as circunstâncias de fato que originaram o caso e o texto da decisão proferida há uma imensidão do que amazônica.

Melhor não é o cenário que se encontra nos autos do RE 889.173/MS²⁹⁵, citado no acórdão da ADPF 250 como representativo da jurisprudência a ser reafirmada segundo a qual “o pagamento dos valores devidos pela Fazenda Pública entre a data da impetração do mandado de segurança e a efetiva implementação da ordem concessiva deve observar o regime dos precatórios previsto no artigo 100 da Constituição Federal”.

²⁹⁴ São eles: 356-83.2000.805.0000-0, 1723-35.2006.805.0000-0, 1970-16.2006.805.0000-0, 152-92.2007.805.0000-0, 2569-18.2007.805.0000-0, 2843-79.2007.805.0000-0.

²⁹⁵ STF-Plenário. RE 889.173/MS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 07/08/2015.

O primeiro problema que logo salta aos olhos é que a conclusão a que chegou o Plenário do Supremo Tribunal Federal dá a entender que todo e qualquer pagamento realizado em cumprimento de sentença concessiva de segurança deveria, invariavelmente, se dar mediante Precatório, o que, já se observou, é uma generalização equivocada.

A certa altura do voto, pequenas lacunas do texto o fazem descolar do caso concreto e alçar generalidade e abstração maior do que se deveria permitir, perceba-se:

Bem delimitado o tema, verifica-se que o Tribunal de origem, ao concluir pela desnecessidade de observância do rito dos precatórios para a execução dos valores devidos pela Fazenda Pública entre a data da impetração do mandado de segurança e a efetiva implementação da ordem concessiva, destoou da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da abrangência das disposições do artigo 100 da Constituição Federal.

Com efeito, é assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública estão adstritos ao sistema de precatórios, nos termos do que dispõe o artigo 100 da Constituição Federal, o que abrange, inclusive, as verbas de caráter alimentar, não sendo suficiente a afastar essa sistemática o simples fato de o débito ser proveniente de sentença concessiva de mandado de segurança.

Para ser preciso e não sugerir amputação do alcance do remédio constitucional em voga, o texto deveria ser “o Tribunal de origem, ao concluir pela desnecessidade, no caso concreto, em que ausente prévia dotação orçamentária, de observância do rito dos precatórios para a execução dos valores devidos pela Fazenda Pública entre a data da impetração do mandado de segurança e a efetiva implementação da ordem concessiva, destoou da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da abrangência das disposições do artigo 100 da Constituição Federal.” Com este breve acréscimo, acima sublinhado, o acórdão seria claro e correto a respeito de a limitação se dar *no caso concreto, mais* em razão das circunstâncias de fato e do direito material, *menos* da via processual adotada.

Deveras, a partir da leitura do acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que julgou o mandado de segurança nº 0022335-91.2009.8.12.0000 do qual derivou o RE 889.173/MS, verifica-se que em momento algum se discutiu a existência, ou não, de dotação orçamentária suficiente para o imediato pagamento pretendido. Em rigor, à luz do que se expôs ao longo do estudo, *faltaria demonstração de direito líquido e certo para a ordem de*

pagamento imediato, notadamente porque, se não comprovada a dotação orçamentária, o direito material impede a administração pública de realizar pagamento.

Por um caminho diferente, certamente por sorte ou acaso, o resultado final a que se chegou no caso concreto foi acertado: porquanto não comprovada a prévia existência de recursos financeiros destinados ao pagamento da obrigação, impossível a realização dos pagamentos pretendidos pelo impetrante. O detalhe é: o obstáculo está no direito material, não no mandado de segurança, como pode sugerir o texto do acórdão do RE 889.173/MS.

De certo, mesmo, o acórdão do RE 889.173/MS tem a passagem que afirma não ser “suficiente a afastar essa sistemática o simples fato de o débito ser proveniente de sentença concessiva de mandado de segurança”. Estamos de pleno acordo: *o que determina a realização de pagamento por meio de Precatório não é a classificação ou o nomen iuris que se queira dar à “ação”, mas das circunstâncias de fato e do direito orçamentário. De fato, o débito não pode ser proveniente de sentença concessiva de mandado de segurança para ser quitado imediatamente: ele há de ser preexistente e a prévia dotação orçamentária haverá de ser comprovada com a petição inicial.* Do contrário, o obstáculo ao pagamento “extra Precatórios” não é obstado ou viabilizado pelo mandado de segurança — que não é fator limitante, tampouco catalisador —, mas pelo direito material, pelo *direito orçamentário*.

Apenas lamentamos — é o que podemos fazer — o fato de o ordenamento jurídico conferir tamanha valência *formal* a determinados pronunciamentos jurisdicionais, querendo torna-los vinculativos pelo rito procedimental de formação ao invés de observar a qualidade substancial do pronunciamento.

8. CONCLUSÃO

A equivocada associação que se fez ao longo do tempo, na prática forense e em parte da doutrina, entre os efeitos patrimoniais e a ação de cobrança, como se aqueles fossem exclusividade desta, é um equívoco que precisa ser desfeito.

De fato, o mandado de segurança não serve senão para corrigir ilegalidades e assegurar o recebimento da prestação *in natura*, mas sua interpretação há de ser a mais abrangente possível, abarcando prestações de todas as naturezas, desde que evidenciado o “direito líquido e certo”, que compreende a certeza, a liquidez e a exigibilidade do direito e, por se tratar de pretensão de pagamento a ser realizado pelo Poder Público, deve compreender também a demonstração de prévia dotação orçamentária.

Permanecem inadmitidos, em sede de mandado de segurança, a conversão da prestação original em perdas e danos, por incompatível com seu rito sumaríssimo, e a ordem judicial de pagamento de valor não orçamentado, por haver óbice da legislação material.

A contrário senso, em se tratando de um crédito certo, líquido, exigível e orçamentado, cujo pagamento apenas não se consumou em razão de um agir ilegal, de uma conduta inadequada de determinado agente público, em rigor *a ação de cobrança sequer é o meio mais idôneo para obter a solução*; faleceria ao autor *interesse de agir*, se analisado sob o aspecto do trinômio necessidade-utilidade-adequação, porque a necessidade não é de constituir a norma primária (o crédito), mas de fazer atuar a norma secundária (forçar o pagamento).

A eficiência da prestação jurisdicional há de ser observada, em todo caso: ainda que não se possa impedir a parte de se valer do rito comum, algo como já se encontra no art. 785 do Código de Processo Civil, há de ser estimulada (ou ao menos não obstaculizada) a utilização da via mais expedita para a solução do maior número de casos que atendam aos seus pressupostos.

Observado o modelo constitucional do mandado de segurança, a interpretação literal das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal implica verdadeira amputação da garantia constitucional e arruína todo o arcabouço principiológico da Constituição Federal ao fixar regras distintas do que dela consta, ao estipular discriminação arbitrária entre pessoas e

situações, bem como ao impedir a utilização de via mais célere para o agir estatal, forçando a todos, o Estado e os cidadãos, à morosidade do rito comum.

No que diz respeito à Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal, sua aplicação é absolutamente descabida quando tiver sido superada a formação do crédito com todos seus elementos (=norma primária), sendo suficiente a coação estatal, a atuação do Poder Judiciário para determinar o pagamento obstado pela omissão ilícita (=norma secundária). Preenchido o requisito constitucional do direito líquido e certo (comprovação documental da certeza, da liquidez e da exigibilidade do crédito, bem como da prévia dotação orçamentária), é absolutamente admissível o mandado de segurança, que não configurará sucedâneo de ação de cobrança porquanto esta, vale reiterar, atua na formação do direito em si, não no cumprimento do direito violado.

A Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, se um dia encontrou respaldo jurídico para validamente produzir efeitos, perdeu-o por completo quando da promulgação da lei federal nº 5.021/1966²⁹⁶⁻²⁹⁷, cujo teor é repetido no art. 14, § 4º, da lei federal nº 12.016/2009 e essa conclusão se confirma nos diversos acórdão em que o Supremo Tribunal Federal admitiu a produção de efeitos patrimoniais pretéritos, condicionando-os à comprovação da prévia dotação orçamentária.

A partir disso, e somando-se as regras de direito financeiro tangenciadas ao longo do estudo, verifica-se que os enunciados das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, interpretados literalmente, induzem a equívocos graves, pois ampliam sobremaneira regras restritivas que não dizem respeito à estrutura intrínseca do mandado de segurança, mas que decorrem de peculiaridades do direito material que podem incidir ou não, de acordo com o caso concreto. Nem toda pretensão de cunho patrimonial fará do mandado de segurança um sucedâneo de ação de cobrança: isto ocorrerá quando houver necessidade de formação do crédito ou de dilação probatória. A vedação dos efeitos patrimoniais pretéritos não se aplica a todos os mandados de segurança, mas apenas àqueles que se enquadrem na hipótese do

²⁹⁶ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 306/307.

²⁹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 277: “...quando editados, [os Verbetes nºs 269 e 271] não tinham fundamento que os amparasse. Ainda que assim não fosse, como também se demonstrou, teriam eles sido revogados pela posterior edição da Lei nº 5.021/1966.”

art. 14, § 4º, da lei federal nº 12.016/2009 (enquanto não tiver sua inconstitucionalidade reconhecida) ou quando inexistente prévia dotação orçamentária.

O que se constata, portanto, é que os enunciados das Súmulas 269 e 271 não correspondem à inteligência do modelo constitucional do mandado de segurança e de sua interação com o direito material, restando, ambas, definitivamente superadas.²⁹⁸

²⁹⁸ “Deve, pois, a Súmula ser redigida tanto quanto possível com a maior clareza, sem qualquer dubiedade, para que não falhe ao seu papel de expressar a inteligência dada pelo Tribunal. Por isso mesmo, sempre que seja necessário esclarecer algum dos enunciados da Súmula, deve ele ser cancelado, como se fosse objeto de alteração, inscrevendo-se o seu novo texto na Súmula com outro número.” (LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do S.T.F. *In: Revista da associação dos juízes do rio grande do sul*, n. 25. Porto Alegre: jul./1982, p.57)

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança*. 2. Ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

ALVIM, Eduardo Arruda (et al). *O novo mandado de segurança: estudos sobre a lei nº 12.016/2009*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à lei do mandado de segurança – lei 12.016/2009*. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2017.

ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Mandado de segurança: introdução e comentários à lei n. 12.016, de 7.8.2009 (Artigo por artigo), com indicação do pls n. 222/2010*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito administrativo*. 28 Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____; DALLARI, Adilson A.; FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: RT, 1986.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____; PASSOS, J. J. Calmon de; SIDOU, J. M. Othon. *Estudos sobre o mandado de segurança*. Rio de Janeiro, 1963.

BARBOSA, Rui. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*, vol. IV: arts. 55 a 62 - do Poder Judiciário. São Paulo: Saraiva, 1933.

_____. *Discursos parlamentares*. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1981. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RuiBarbosa/56715/PDF/56715.pdf>. Acesso em 30/04/19, às 23:15hs.

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

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil*, vol. 2: arts. 5º a 17. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, José Tavares. *O habeas corpus na república*. Rio de Janeiro: H. Garnier Editor, 1911.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Brasília, Ministério da Justiça e Senado Federal/UnB. Brasília, 19558 e 1978, pp. 382/383.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, vol. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. "Juicio de amparo" e mandado de segurança. (Contrastes e confrontos). In: *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 56(1). Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66387/68997>. Acesso em 31/05/2019, 19:02hs.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARRILLO FLORES, Antonio. *Defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*. México: Porrúa, 1939.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 6. Ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. Ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966.

CHIOVENDA, Giuseppe. "Dell'azione nascente dal contrato preliminare", in *Saggi di diritto processuale civile*, I, 2. Ed., Roma, Foro Italiano, 1930.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 2 Ed. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988*, vol. 1: artigos 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DALLARI, Adilson. Desvio de poder na anulação de ato administrativo. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de segurança*. São Paulo: Dialética, 2009.

DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1954.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 6. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Instituições de direito processual civil*, IV. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FADEL, Sérgio Sahione. *Teoria e prática do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1966.

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

_____. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O desvio de poder. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito administrativo*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, vol. 1: arts. 1º a 43. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Curso de direito constitucional*. 40. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. O mandado de segurança e as inovações da lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/82y373.pdf>. Acesso em 12/05/2019, às 21:34hs.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Mandado de segurança*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FUX, Luiz. *Mandado de segurança*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GAJARDONI, Fernando da F.; SILVA, Márcio Henrique M. da; FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves. *Comentários à nova lei de mandado de segurança (lei 12.016, de 7 de agosto de 2009)*. São Paulo: Método, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da administração às decisões do poder judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, nº 2, 1993.

HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. Ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Curso de direito administrativo*. 12. Ed. São Paulo: RT, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do S.T.F. *In: Revista da associação dos juízes do rio grande do sul*, n. 25. Porto Alegre: jul./1982.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à lei 12.016/2009*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39 Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar F. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ações mandamentais: tomo VI*. São Paulo: RT, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de segurança – ação popular – ação direta de inconstitucionalidade – indicações de doutrina e jurisprudência. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. 1964, vol. 12 (separata). Disponível em: <https://www.pge.rj.gov.br/revista-de-direito/1964-volume-12>.

_____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: _____. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. A lógica como técnica de análise do direito. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Constructivismo lógico-semântico*, vol. I. Noeses, 2014.

NEGRÃO, Theotônio (e outros). *Código de processo civil e legislação processual civil em vigor*. 49. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 13. Ed. São Paulo: RT, 2017.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. 17. Ed. São Paulo: RT, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 4. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. *Mandado de segurança, mandado de injunção, ação civil pública, ação popular, habeas data*. 2. Ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

PENNOCK, J. Roland. *Administration and the rule of law*. New York: Farrar And Rinehart, 1941.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009.

REYES, Rodolfo. *La defensa constitucional. Recursos de inconstitucionalidad y amparo*. Madrid: Espasa-Calpe, 1934.

ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito*. São Paulo: Noeses, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Do mandado de segurança. *In: Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 90, p. 131-176, abr./jun. 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181718>. Acesso em 21/05/2019, 19:16hs.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal (incluindo as Súmulas Vinculantes) e do Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil, 1: teoria geral do direito processual civil*. 9. Ed. Saraiva, 2018.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2, tomo III: direito processual público e direito processual coletivo*. 4. Ed. Saraiva, 2014.

_____. *Mandado de segurança e ação de cobrança: relações e reflexões*. *Revista de Processo*, v. 281, pp. 381-429, 2018.

_____. Mandado de segurança e compensação tributária: reflexões sobre a prova pré-constituída do indébito à luz da sistemática dos recursos especiais repetitivos. *In: CARVALHO, Paulo de Barros; SOUZA, Priscila (coord.). XV Congresso Nacional de Estudos Tributários: 30 anos da Constituição Federal e o Sistema Tributário Brasileiro*. São Paulo: Noeses, 2018.

_____. *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Manual de direito processual civil*. 2. Ed. Saraiva, 2016.

_____. (Coord.). *Comentários ao código de processo civil, 1: arts. 1º a 317 – parte geral*. Saraiva, 2017.

_____.; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Comentário contextual à constituição*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 40 Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SIDOU, J. M. Othon. *Do mandado de segurança*. 3. Ed. São Paulo: RT, 1969.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93.

TÁCITO, Caio. Ato administrativo – poder discricionário. RDA, 38/351.

TAVARES, André Ramos. *Manual do novo mandado de segurança: Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do mandado de segurança comentada: artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *O mandado de segurança segundo a lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

UNES, José de Castro. *Do mandado de segurança*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Do mandado de segurança*. São Paulo, 1953.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2010.

WALD, Arnoldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZAMUDIO, Hector Fix. *El juicio de amparo*. México: Ed. Porrúa, 1964.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.