

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

AYLTON BONOMO JÚNIOR

**UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS DIFERENCIADAS DO MANDADO
DE SEGURANÇA NO PROCEDIMENTO COMUM TRIBUTÁRIO, SOB A
PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO JURISDICIONAL**

VITÓRIA

2017

AYLTON BONOMO JÚNIOR

**UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS DIFERENCIADAS DO MANDADO
DE SEGURANÇA NO PROCEDIMENTO COMUM TRIBUTÁRIO, SOB A
PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-graduação em Direito Processual da UFES, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Professor Doutor Manoel Alves Rabelo.

VITÓRIA

2017

AYLTON BONOMO JÚNIOR

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-graduação em Direito Processual da UFES, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Processual.

Aprovado em ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Augusto Passamani Bufulin
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior
Faculdade de Direito de Vitória

Ao Deus Forte, Único e Soberano, Criador dos céus e da terra, pois reconheço em minha vida que “todas as coisas foram feitas por ele, e sem ele nada do que foi feito se fez.” (João 1:3)

A Yolanda, minha amada esposa, pelo irrestrito incentivo, contínuo apoio e sábios aconselhamentos, dos quais serei eternamente grato.

AGRADECIMENTOS

Para a elaboração deste trabalho, contei com o auxílio de muitas pessoas, razão pela qual registro os meus sinceros agradecimentos pela contribuição de cada uma delas, sobretudo:

Ao Professor Doutor Augusto Passamani Bufulin, que despertou em mim o desejo do estudo do processo civil, dando-me as primeiras lições da matéria desde a minha mocidade, as quais foram fundamentais para o meu desenvolvimento acadêmico e profissional.

Ao Professor Doutor Hermes Zaneti Jr, pela paciência e disponibilidade de tempo em nossas inúmeras reflexões sobre o processo civil, fornecendo-me novos horizontes do processo, sob a perspectiva do direito constitucional e do direito comparado.

Ao Professor Doutor Américo Bedê Freire Jr, exemplo para a minha vida como Juiz Federal e Professor, pois desempenha com maestria ambas funções.

Aos funcionários e à Coordenação da UFES, em nome da Professora Doutora Adriana Pereira Campos, pela maneira sempre cordial a mim dispensada.

Last, but not least, ao Professor Doutor Manoel Alves Rabelo, meus sinceros agradecimentos pelas sábias lições de vida a mim transmitidas, que amalhou em décadas como professor e magistrado, bem como pela maneira solícita e agradável com que sempre me atendeu.

“A lei é boa, se alguém dela usa legitimamente.”

Bíblia Sagrada. I Timóteo 1:8. Trad. João Ferreira de Almeida.

“Queria dizer: Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicador das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerrarem. [...] Que extraordinário, que imensurável, que, por assim dizer, estupendo e sobre-humano, logo, não será, em tais condições, o papel da justiça! Maior que o da própria legislação. Porque, se dignos são os juizes, como parte suprema, que constituem, no executar das leis, em sendo justas, lhes manterão eles a sua justiça, e, injustas, lhes poderão moderar, se não, até, no seu tanto, corrigir a injustiça.”

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho trata da utilização das técnicas processuais diferenciadas do mandado de segurança no procedimento comum tributário, sob a perspectiva do princípio da adequação jurisdicional. Para alcançar uma melhor compreensão da temática, optou-se em dividir esta dissertação em quatro capítulos. No Capítulo 1, discorre-se sobre as fases metodológicas do processo, destacando-se a última fase (formalismo-valorativo), e concentrando-se uma maior atenção para a constitucionalização do processo e a finalidade constitucional do processo: prestar tutela de direito efetiva, adequada e tempestiva, mediante processo justo. No capítulo 2, explana-se sobre o mandado de segurança como instrumento de controle judicial dos atos do poder público, narrando como se deu na Europa e no Brasil o surgimento desse controle judicial, bem como o histórico do mandado de segurança. Destinou-se ao capítulo 3 o estudo sobre os aspectos gerais do mandado de segurança, sobretudo o seu perfil e o seu conceito constitucional, realçando a sua natureza jurídica de garantia fundamental. Por fim, no último capítulo, o princípio da adequação jurisdicional (ou adaptabilidade procedimental) é analisado à luz da tutela adequada, conferindo ao juiz, no caso concreto, o poder-dever de adaptar o procedimento às necessidades do direito material. Ainda nesse capítulo, comenta-se a respeito da novidade prevista no art. 327, § 2º, do Código de Processo Civil, que, além de permitir a cumulação objetiva de pedidos decorrentes de procedimento diversos, assegura o emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados. Por derradeiro, defende-se a utilização das técnicas processuais diferenciadas do mandado de segurança no procedimento comum tributário, quando diante de pedidos cumulados que atendam aos requisitos constitucionais da ação mandamental. Para tanto, apresenta-se quais são as técnicas processuais diferenciadas do *writ* que são compatíveis com o procedimento comum.

Palavras-chave: CUMULAÇÃO OBJETIVA DE PEDIDOS. PROCEDIMENTOS DIVERSOS. MANDADO DE SEGURANÇA. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO COMUM. UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS DIFERENCIADAS DO *WRIT*. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO JURISDICIONAL (ADAPTAÇÃO PROCEDIMENTAL). TUTELA ADEQUADA.

ABSTRACT

This work approaches the use of differentiated procedural techniques of Writs of Mandamus within common tax procedures from the standpoint of the principle of juridical adequacy. In order to achieve a better understanding of this theme, it was opted to apportion it into four chapters. In Chapter 1, the methodological phases of the procedure are characterized highlighting its last phase (assessment-formalism), whilst concentrating greater attention on the constitutionality of the procedure and its constitutional goal: to provide effective, fair and timely judicial protection. In Chapter 2, the Writ of Mandamus, as an instrument for control of public authorities is exposed by reporting how its implementation took place in Europe and a history of how this judicial control emerged in Brazil. Chapter 3 was assigned to the study of general aspects of the Writ, specially its profile, its constitutional concept and its juridical essence of fundamental guaranty. Finally, in Chapter four, the principle of juridical adequacy (or procedural appropriateness) is analyzed under the lights of adequate judicial authority, granting the judge, in the specific case, the authority to adapt the procedure to the needs of the substantive law. Still in this chapter, comments are made on the novelty stated in art. 327, § 2º paragraph of the Civil Code, which, besides allowing for the objective accumulation of requests arising of diverse procedures, it also ensures the use of differentiated techniques in special procedures to which one or more requests are submitted. As a conclusion, the use of differentiated procedural techniques for Writs in common tax law is postulated when cumulative requests could be issued autonomously by court ruling. For this purpose, the aforementioned differentiated procedural techniques for Writs, which are compatible with common procedures, are presented herein.

KEY-WORDS: OBJECTIVE ACCUMULATION OF REQUESTS; DIVERSE PROCEDURES; WRIT; INJUNCTION; USE OF COMMON PROCEDURE; DIFFERENTIATED USE OF WRITS; PRINCIPLE OF JURIDICAL ADEQUACY; ADAPTATION OF PROCEDURES; ADEQUATE AUTHORITY.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS SOB A ÓTICA DA TUTELA ADEQUADA	14
1.1 FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL	14
1.1.1 Praxismo (ou sincretismo)	15
1.1.2 Processualismo (ou autonomista)	16
1.1.3 Instrumentalista	16
1.1.4 Formalismo-Valorativo	17
1.2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO	17
1.2.1 Direitos Fundamentais Processuais	20
1.3 FINALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO	21
1.3.1 Tutela Efetiva	23
1.3.2 Tutela Adequada	25
1.3.2.1 Procedimentos Especiais	26
1.3.2.2 Tutela Jurisdicional Diferenciada	28
1.3.3 Tutela Tempestiva	31
1.3.4 Processo Justo	36
1.4. DIRETRIZES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	38
2. DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DO PODER PÚBLICO	42
2.1 DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DO PODER PÚBLICO (<i>judicial review</i>).....	42
2.1.1 O surgimento do controle judicial dos atos do Poder Público	42
2.1.2 O controle judicial dos atos do Poder Público no Brasil	44
2.2 HISTÓRICO DO MANDADO DE SEGURANÇA	48
3. ASPECTOS GERAIS DO MANDADO DE SEGURANÇA	52
3.1 PERFIL CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA	52

3.2 DA TUTELA MANDAMENTAL	56
3.3 NATUREZA JURÍDICA	61
3.4 CONCEITO CONSTITUCIONAL	63
3.4.1 Direito Líquido e Certo	64
3.4.1.1 Ausência de direito líquido e certo (prova pré-constituída)	66
3.4.2 Ato de Autoridade	69
3.4.3 Ilegalidade ou abuso de poder	70
3.4.4 Distinção com outras ações constitucionais	71
4. UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS DIFERENCIADAS DO MANDADO DE SEGURANÇA NO PROCEDIMENTO COMUM TRIBUTÁRIO, SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO JURISDICIONAL	73
4.1 DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO JURISDICIONAL	73
4.2 DA TÉCNICA PROCESSUAL PREVISTA NO ART. 327, § 2º, DO CPC	82
4.2.1 Técnica Processual	82
4.2.2 Art. 327, § 2º, do Código de Processo Civil	84
4.3 UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS DIFERENCIADAS DO MANDADO DE SEGURANÇA NA AÇÃO TRIBUTÁRIA SOB O PROCEDIMENTO COMUM	90
4.3.1 Técnicas processuais diferenciadas do Mandado de Segurança	95
4.3.1.1 Dever de exibição de documento	96
4.3.1.2 Notificação da autoridade coatora para prestar informações	97
4.3.1.3 Ciência ao órgão de representação judicial	97
4.3.1.4 Competência absoluta em razão da qualidade e da sede da autoridade coatora	98
4.3.1.5 Oitiva obrigatória do Ministério Público	106
4.3.1.6 Remessa necessária obrigatória	111
4.3.1.7 Legitimidade recursal da autoridade coatora	114
4.3.1.8 Eficácia imediata da sentença	115
4.3.1.9 Prioridade legal para julgamento	117
4.3.1.10 Prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração	118
4.3.1.11 Ausência de condenação em honorários advocatícios	120
4.3.1.12 Vedação de cabimento de embargos infringentes	121
4.3.2 Técnicas processuais diferenciadas compatíveis e modelo de aplicação	123

CONSIDERAÇÕES FINAIS 128

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 132

INTRODUÇÃO

O processo não é mais visto apenas como técnica (um método). O processo, antes de tudo, é fenômeno de poder; a técnica vem depois, justificada pela ideologia que a orienta.³ Assim, por ser fenômeno de poder, os Códigos, a despeito do caráter técnico, são frutos de sua época (caráter cultural), como qualquer obra humana.⁴

Em virtude do Estado Democrático Constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988, a estrutura do processo civil brasileiro sofreu substancial transformação, pois está alicerçado, agora, nos valores fundamentais constitucionais (notadamente nos direitos fundamentais) e nos valores éticos (boa-fé e cooperação). Trata-se do atual estágio metodológico do processo: formalismo-valorativo.⁵

Com efeito, a passagem do Estado Legalista para o Estado Constitucional ocasionou diversas consequências no processo, a saber: i) no campo da constitucionalidade, a lei apenas deve ser aplicada se formal e substancialmente em conformidade com a Constituição Federal, sobretudo com os princípios (que espelham valores) nela positivados, transferindo a centralidade do sistema jurídico dos Códigos para a Carta Magna; ii) no campo das fontes, agora, ao lado das regras, há os princípios e os postulados normativos; iii) no campo da interpretação das normas, não há que se confundir texto legal com norma jurídica; iv) no campo da técnica legislativa, além da técnica casuística de legislar (técnica tradicional), agora também se utiliza a técnica aberta de legislar, por meio de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais abertas.

Por conta de todas essas transformações, e considerando a garantia fundamental de acesso à justiça prevista no art. 5º, XXXV, da Carta Magna (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), que tutela de forma ampla o direito, e não apenas a lei, deflui-se que a finalidade do processo não consiste apenas em ser um instrumento processual para a atuação da lei, conforme definição clássica da doutrina. No atual estágio do processo, considerando os fins do Estado Democrático Constitucional brasileiro, infere-se que a finalidade do processo é a tutela de direitos, de forma efetiva, adequada e tempestiva, mediante processo justo.

³ ZANETI JR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações ente processo e constituição*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 219.

⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 55-84, jun. 2003.

⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

Firmadas essas premissas, se afigura possível compreender, agora, em qual momento histórico o Código de Processo Civil de 2015 fora debatido e aprovado. Não se trata apenas de um novo Código, com alterações textuais; cuida-se, na verdade, de uma ruptura metodológica com o Código anterior (Lei Federal n. 5.869/1973), firmando-se um novo paradigma para o processo civil brasileiro.

Dentro dessa finalidade constitucional do processo, o escopo de prestar tutela adequada justifica a existência de procedimentos especiais. Com efeito, a existência de um único procedimento – neutro e uniforme – nunca poderá satisfazer as diversas necessidades da tutela do direito material, de modo que um procedimento inadequado ao direito substancial pode redundar na própria negação da tutela jurisdicional⁶. Disso resulta o princípio da adequação ao procedimento, que, segundo Galeno Lacerda⁷, revela-se sob os aspectos subjetivo, objetivo e teleológico.

A ação constitucional do mandado de segurança, objeto deste trabalho, criado pela Carta Magna de 1934 para ser uma via célere, símplice e efetiva, para combater atos ilegais do Poder Público, é uma espécie de procedimento especial, em virtude da forma como o direito material se apresenta em juízo (“direito líquido e certo”), o que demanda prova pré-constituída. A lado disso, há sumariedade procedimental, com encurtamento dos atos processuais. O mandado de segurança não se cuida apenas de um procedimento especial, mas de uma garantia fundamental expressamente prevista no art. 5º da Carta Magna, de forma que qualquer restrição legal ou judicial ao *mandamus* deve ser compreendida como restrição a um direito fundamental, e, como tal, deve ser justificada constitucionalmente com supedâneo em outro direito fundamental de mesmo (ou maior) peso.

Entrementes, se é certo que se justifica a existência de procedimentos especiais para prestar tutela de direito adequada, é utópico admitir que o legislador pode criar tantos procedimentos quantos forem às situações do direito material, porquanto o legislador sempre estaria atrasado em relação às necessidades dinâmicas da vida social (direito material). Com efeito, os procedimentos especiais, criados abstrata e previamente pelo legislador, não são suficientes, em todos os casos, para atender um dos objetivos do processo: prestar tutela jurisdicional de direito de forma adequada. Assim sendo, o dever de prestar tutela adequada desloca-se do legislador para o juiz; logo, o processo não deve apenas ser estruturado, prévia e legalmente

⁶ DIDIER JR, Fredie. Sobre dois importantes e esquecidos princípios do processo: adequação e adaptabilidade. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 83, v. 27, set. 2001.

⁷ O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul* – Comemorativa do Cinquentenário. Porto Alegre, 1976, p. 164. Nesse ensaio, sublinhe-se que o foco de análise do princípio da adequação pelo Prof. Galeno Lacerda era apenas o legislador, e não o juiz.

(adequação legislativa), para atender às necessidades do direito material, mas deve também conferir às partes (adequação negocial) e ao juiz (adequação jurisdicional) ajustar o procedimento às particularidades da demanda, no caso concreto.⁸

O princípio da adequação jurisdicional, embora não encampado de forma atípica (genérica), encontra-se em vários dispositivos legais do Código de Processo Civil de 2015, destacando-se nesta obra o art. 327, § 2º, que, além de autorizar a cumulação objetiva de pedidos que correspondem a tipos diversos de procedimentos, tal como já previa o art. 292, § 2º, do CPC/1973, foi além, permitindo-se que sejam empregadas as técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais, desde que não sejam incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Com fulcro nessas premissas, analisa-se no presente trabalho a possibilidade de aplicação do art. 327, § 2º, do CPC, à pretensão mandamental em matéria tributária, ou seja, se se afigura possível cumular, em único procedimento comum, pedido que comporte o procedimento especial do mandado de segurança, e pedido que comporte apenas o procedimento comum, mantendo-se, todavia, no bojo do procedimento comum, as técnicas processuais diferenciadas previstas no procedimento especial do mandado de segurança (Lei Federal n. 12.016/2009).

Em outras palavras: analisar-se-á a possibilidade, ou não, de ajuizamento de uma única ação tributária em cumulação objetiva de pedidos, sob o procedimento comum, mas mantendo as técnicas processuais diferenciadas do mandado de segurança, em relação àqueles pedidos que seriam suscetíveis de postulação na via mandamental (atendidos os requisitos constitucionais de cabimento desta), e naquilo em que for compatível com o procedimento comum.

Para tanto, examinar-se-á quais são as técnicas processuais diferenciadas previstas no procedimento especial do mandado de segurança (Lei Federal n. 12.016/2009), para, só então, analisar quais dessas técnicas são compatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Por derradeiro, enfrenta-se-á a questão sobre a possibilidade de o juiz, *ex officio* (independente de requerimento da parte), adotar essas técnicas processuais diferenciadas do *writ* no procedimento comum, por força do dever do juiz de prestar tutela jurisdicional de direito de forma efetiva e adequada (art. 5º, XXXV, CF), bem como se necessária a prévia oitiva das partes a respeito, por conta dos princípios do contraditório preventivo e da cooperação processual.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 456, v. I.

1. DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS SOB A ÓTICA DA TUTELA ADEQUADA

1.1. FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL

No dia 18 de março de 2016 entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil (Lei Federal n. 13.105/2015).

Não se trata apenas de um novo Código, com alterações textuais; cuida-se, na verdade, de uma ruptura metodológica com o Código anterior (Lei Federal n. 5.869/1973), fincando-se um novo paradigma para o processo civil brasileiro.⁹

De fato, de nada adianta aprovar um novo Código, apenas alterando a lei, se não há mudança de mentalidade do intérprete e do aplicador do direito, adotando-se paradigmas (ultrapassados) do processo civil até então vigentes.¹⁰ Assim, afigura-se possível ter um novo Código, aplicando paradigmas antigos, e, de outro lado, afigura-se possível manter um Código antigo, aplicando novos paradigmas.

Atualmente, o processo não é visto mais apenas como técnica (um método). O processo, antes de tudo, é fenômeno de poder¹¹; a técnica vem depois, justificada pela ideologia que a orienta.¹²

⁹ “Um novo Código não se resume à mera sobreposição de textos. Não se trata absolutamente de novo texto que se põe em lugar do velho texto. Pelo contrário, e antes disso, a verdadeira e substancial modificação que se busca com o advento do novo CPC é de paradigma.” (MAZZEI, Rodrigo; GONCALVES, T. F.. Visão geral dos procedimentos especiais. In: Cassio Sarpinella Bueno. (Org.). PRODIREITO. Direito Processual Civil. *Programa de atualização em Direito: Ciclo 1*. 1. ed. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015, p. 100, v. II)

¹⁰ Foi o que exatamente ocorreu com o Código de Processo Civil de 1973, que manteve os mesmos paradigmas do anterior CPC de 1939. Nesse sentido, destaca Cândido Rangel Dinamarco: “O segundo Código de Processo Civil nacional, promulgado no ano de 1973 e vigente desde janeiro de 1974, foi uma réplica do anterior (o de 1939), com expressivos aperfeiçoamentos formais e algumas relevantes inovações substanciais, mas muito pouco para que nele se pudesse identificar um novo estilo de processo civil. O modelo processual que tínhamos continuou praticamente intacto no Código de 1973 e intacta a estrutura dos institutos o processo civil brasileiro.” (O novo Código de Processo Civil Brasileiro e a ordem processual civil vigente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 247, p. 63-103, set/2015)

¹¹ Sobre processo e poder e processo e cultura, conferir as seguintes obras: LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 2, n. 3, p. 74-86, jul./dez. 1961; MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, n. 2, p. 101-128, set. 2004; FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale, 8. ed., Roma/Bari: Laterza, 2004.

¹² ZANETI JR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações ente processo e constituição*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 219. Mauro Cappelletti escreve sobre a influência da ideologia no processo: “É realmente esta a primeira ‘porta’ e, direi mesmo, a grande porta, através a qual as ideologias penetram no processo. Refiro-me evidentemente às ideologias que fundamenta o direito substancial, público e privado, e seus institutos. O exemplo demonstrativo talvez mais macroscópico pode deduzir-se do estudo dos sistemas feudais, nos quais os institutos do direito substancial refletiam uma concepção ou ideologia diferenciada, hierarquizada, não igualitária da sociedade. Esta ideologia não igualitária penetrava no processo sob formas várias e múltiplas. Basta recordar o sistema das provas judiciárias, nas quais aquela concepção ideológica significava, por exemplo, o prevailecimento do testemunho do nobre sobre o do não nobre ou do menos nobre, do eclesiástico sobre o do leigo, do rico sobre o do pobre, do homem sobre o da mulher, do velho sobre o do jovem, etc.” (*A ideologia no processo civil*. Tradução: Athos Gusmão Carneiro. AJURIS, ano

Por ser fenômeno de poder, os Códigos, a despeito do caráter técnico, são frutos de sua época (caráter cultural), como qualquer obra humana. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira escreve a respeito:

É fora de dúvida que o direito processual, como fenômeno cultural, constitui produto exclusivo do homem, sendo por consequência inevitavelmente empolgado pelo conceito, um tanto fluídico, é verdade, de liberdade. Por isso mesmo, o tecido interno do processo forma-se pela confluência das ideias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço. [...]. A estrutura mesmo do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios adequados e eficientes para a realização dos valores, especialmente por escolhas os de conteúdo constitucional. Esses valores, no fundo, é que estruturam a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado.¹³

Essa é a razão pela qual o processo civil apresentou diversas perspectivas metodológicas ao longo do tempo, pois atrelada à cultura social de sua época.¹⁴

Fredie Didier Jr¹⁵ cita quatro grandes fases metodológicas do processo civil, a saber: (a) o praxismo (ou sincretismo), (b) o processualismo (ou fase autonomista), (c) o instrumentalismo e (d) a fase atual, denominada formalismo-valorativo¹⁶.

Pelos limites metodológicos empregados neste trabalho, tentemos sintetizar essas fases da seguinte forma.

1.1.1 Praxismo (ou sincretismo)

VIII, n. 23, p. 16-33, novembro, 1981). Com igual pensamento, Michele Taruffo: “Essas escolhas ideológicas condicionam não só as abordagens dos estudiosos, mas também a estrutura do processo e seu funcionamento: escolhas ideológicas influenciam as orientações dos legisladores que se ocupam do processo, e que introduzem normas diferentes dependendo da ideologia adotada nas circunstâncias;” (*Uma Simples Verdade. O Juiz e a Construção dos Fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons: 2012, p. 161)

¹³ Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 55-84, jun. 2003.

¹⁴ Para aprofundar o tema, ver: FAZZALARI, Elio. *L’Esperienza del Processo nella Cultura Contemporanea*, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1965.

¹⁵ *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 44, v. I.

¹⁶ Expressão criada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Para ele, mister se faz compreender o processo do Estado Democrático Constitucional à luz do formalismo valorativo, fase metodológica que permite a adequação da forma ao conteúdo, abrangendo o estudo do processo na “totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais [...] indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento [...] a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade ao procedimento” (*Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28)

Na primeira fase (praxismo ou sincretismo), não havia distinção entre o processo e o direito material: o processo era apenas um apêndice do direito material, estudado como complemento a este. Por conta disso, a ação era definida como o direito subjetivo lesado, sendo que a cada direito correspondia uma ação.¹⁷

1.1.2 Processualismo (ou autonomista)

Na segunda fase (processualismo ou autonomista), marcada em 1868 com a publicação da obra “a teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais”, de Oskar Von Bülow¹⁸, o processo se emancipa do direito material, surgindo como ciência autônoma¹⁹, e estudado de forma independente ao direito material²⁰, distinguindo-se pelos seus sujeitos, seus pressupostos e seus objetos.

1.1.3 Instrumentalista

Na terceira fase (instrumentalista), malgrado o processo se revelar ciência autônoma, ele (o processo) não deve ser visto como um fim em si mesmo, mas deve servir (um meio/instrumento) para concretizar o direito material visando a efetividade, havendo, assim, uma reaproximação entre direito substancial e o processual. Por isso, a instrumentalidade aparece, nesse contexto, como uma tentativa de reaproximação do processo ao seu objeto

¹⁷ Eis a razão pela qual perdura até hoje um equívoco existente na legislação brasileira, usando de expressões como “ação de manutenção de posse”, “ação de reintegração de posse”, “ação de interdito proibitório” etc. Para Humberto Theodoro Jr., tais erros denotam reminiscências do anacrônico e superado conceito civilístico de ação, segundo o qual a cada direito material violado corresponderia uma ação para protegê-lo. (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – procedimentos especiais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6, v. III.)

¹⁸ Na tradução brasileira: BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

¹⁹ Oskar Bülow procedeu à separação de duas ordens de relação: uma, material, que se debate no processo e forma seu objeto; outra, processual, que se forma entre autor, réu e juiz, por meio de poderes, deveres, ônus e faculdades, tendo como objeto a prestação jurisdicional, sujeito a pressupostos especiais (pressupostos processuais), daí surgindo a teoria da “relação jurídico-processual”.

²⁰ O direito processual, agora como ciência autônoma e lastreado na teoria da relação jurídico-processual, pretendeu dar abstração e neutralidade ao conceito de processo, relegando o direito substancial. Contudo, como nenhum Estado é neutro, possuindo fins para realizar de acordo com os seus valores constitucionais, nota-se que o processo serviu para esconder qualquer vontade política estatal (inclusive regimes totalitários), já que essa neutralidade era meramente aparente, pois o processo fora fortemente influenciado pela ideologia do Estado Liberal da época (segurança no processo, através de estrita legalidade e rígida separação de poderes, sem poder criativo do Judiciário).

finalístico, pretendendo uma (re)visitação de seus conceitos e alcançar os escopos social, político e jurídico.²¹

1.1.4 Formalismo-Valorativo

Por fim, no estágio atual (formalismo-valorativo), sem se descuidar das fases processualista (processo como ciência autônoma) e instrumentalista (processo como meio), surge um novo paradigma, uma nova estrutura teórica do processo, cujos fundamentos estão alicerçados nos valores fundamentais constitucionais (notadamente nos direitos fundamentais) e valores éticos (boa-fé e cooperação), combinando efetividade e segurança jurídica.²²

As premissas teóricas desta fase processual se fundam, principalmente, (a) na força normativa da Constituição Federal; (b) na teoria dos princípios; (c) no papel reconstrutivo da função jurisdicional; (d) e na tutela dos direitos fundamentais.²³

1.2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

A visão constitucional do processo fora constatada no Brasil por João Mendes de Almeida Júnior já em 1911, em sua obra “Processo Criminal Brasileiro”, ao ensinar que “as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo as atualidades das garantias constitucionais”.²⁴

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Para Dinamarco, os principais escopos da jurisdição são: i) escopo social: a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade da paz social; ii) escopo político: ao decidir, o Estado afirma o seu próprio poder; iii) escopo jurídico: realização do justo concreto, mediante o devido processo legal. A propósito, no que tange ao escopo social (paz social), Willian Couto Gonçalves diz que se o conflito, em determinados casos, é fator de perturbação do bem-estar individual e social, e uma vez comprometendo o bem estar físico e psíquico daqueles que estão litigando, “tem-se que não é possível ignorar o contributo da jurisdição no que concerne à saúde que é definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como sendo ‘bem estar físico, psíquico e social’.” Ainda segundo a sua análise, embora os conflitos sociais sejam inevitáveis, a estabilidade física, mental e social representa o salutar tripé desejável em uma sociedade. Daí porque esse quadro agravado pelo estresse, com suas nefastas consequências, está a depender do Estado-jurisdição para lhe proporcionar, também, saúde “por meio de uma jurisdição específica e eficaz” (GONÇALVES, William Couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual* – Estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 190-191, 194 e 196)

²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil* – Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

²³ *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 39-43, v. I.

²⁴ MENDER JR, João Mendes de. *Processo criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1911, *apud* MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 22.

Na doutrina estrangeira, Mauro Cappelletti escreveu em 1972 que a organização do processo não se funda em elementos de pura forma, mas encontra legitimidade nos valores constitucionais, sobretudo no respeito da garantia do princípio do “giusto processo”²⁵, bem como a obra de Nicolò Trocker em 1974, que defendeu que o direito à tutela jurisdicional emerge da própria Constituição²⁶.

No Brasil, o tema foi desenvolvido por Ada Pellegrini Grinnover em 1975, ao sustentar que “é justamente a Constituição, como resultado do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade, em um determinado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno ‘processo’ e de seus princípios.”²⁷

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero²⁸, ocorreram duas fases distintas de constitucionalização do processo: i) em uma primeira fase, a constitucionalização do processo representava a positivação de garantias processuais na Carta Magna, sobretudo garantias processuais de ação, com a finalidade de garantir o acesso à justiça e evitar o arbítrio processual; ii) em uma segunda fase, a constitucionalização representa a transição de uma teoria do direito processual mirada nas antigas estruturas do direito civil liberal, para uma teoria do direito processual focada na teoria dos direitos fundamentais, com o objetivo de garantir a tutela dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva. É nesta segunda fase que todo o ordenamento processual se constitucionaliza.²⁹

Nessa medida, a Constituição Federal estabelece as bases principiológicas do processo judicial, exigindo-se do operador do Direito, mormente do magistrado, que tenha uma nova concepção do Direito Processual, devendo o processo ser agora aplicado, incondicionalmente,

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Le garanzie costituzionali delle parti nel processo civile italiano*. Giustizia e società. Milano, 1972, p. 339-386. Na verdade, Nicolò Trocker informa que Cappelletti iniciou esses estudos, sobretudo a noção de “giusto processo”, já na década de sessenta, com um breve mas denso texto intitulado “Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale.” (Processo e Costituzione nell’opera di Mauro Cappelletti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Giuffrè Editore. Anno LXIX, n. 2, giugno, 2015, p. 428/429). Ainda sobre o tema na doutrina italiana, consultar: TARUFFO, Michele; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*, 2. ed., Mulino: Bologna, 1998.

²⁶ *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

²⁷ *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 6.

²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16/18.

²⁹ “Todo processo é público. Todo processo é constitucional. Se todos os ramos do direito servem-se, na velha expressão de Pellegrini-Rossi, da seiva do direito constitucional, como os galhos e ramos de uma árvore, não há como afirmar a existência de um processo que não seja constitucional. Todos os direitos são fruto de uma herança genética que no Estado Democrático Constitucional os conforma e justifica. Não se pode admitir que ocorra, portanto, qualquer contrariedade entre a Constituição, sua ideologia democrática e o processo civil legislado infraconstitucionalmente, muito menos o praticado no fórum e nos altos pretórios. Não há um direito processual da Constituição e um direito processual da lei. Esse é um falso paradoxo. Todo processo judicial ou de direito é processo constitucional.” (ZANETTI JR, Hermes. Ob. Cit., p. 162)

nessa perspectiva constitucional. É que a Constituição Federal, ao incorporar os valores humanos essenciais, o fez obrigando que muitos deles fossem realizados dentro do processo, cumprindo a este, portanto, enquanto instrumento operacional da jurisdição, informá-los e conformá-los.

Esse novo paradigma, agora positivado no ordenamento jurídico (art. 1º, CPC)³⁰, ratifica uma transformação já existente em nosso sistema jurídico: a centralidade das normas jurídicas processuais civis passa do Código para a Constituição Federal³¹, devendo a interpretação da lei ser feita mediante uma “filtragem hermenêutico-constitucional”³². Isso implica dizer que direitos fundamentais processuais previstos na Constituição Federal têm plena eficácia³³, irradiando efeitos sobre todo o processo civil, ainda que o CPC não os tenha previsto explicitamente³⁴.

De fato, as normas fundamentais devem ser lidas à luz da Constituição (art. 1º, CPC) e do bloco de fundamentabilidade (art. 5º, § 2º, CF), sendo este composto pelas normas processuais fundamentais admitidas ao nosso ordenamento por tratados internacionais, novas leis processuais esparsas e pela formação de precedentes que densifiquem as normas processuais fundamentais já existentes.³⁵

³⁰ “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

³¹ “Além de o novo diploma reproduzir diversos princípios e regras constitucionais ao longo do texto – característica visível não apenas nos primeiros artigos, mas, na verdade, em todo o seu texto – reforça-se a relevância das disposições processuais a partir da ótica constitucional, cumprindo-se a percepção de que o direito constitucional seria um grande tronco da árvore, enquanto o direito processual, um de seus ramos.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; POCHMANN DA SILVA, Larissa Clare. Normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015: Breves Reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul/dez 2016)

³² “No território da tradição dominam os pré-juízos advindos de uma ‘baixa constitucionalidade’, a qual, como já se viu, tem seguido os caminhos trilhados pelo direito construído no campo da infraconstitucionalidade, onde a Constituição não tem sido compreendida em seu sentido limitador da ‘liberdade’ de conformação do legislador. Explicando melhor: a tradição nos mostra que, historicamente, a dogmática jurídica brasileira tem relegado o estudo do instituto da jurisdição constitucional a um plano secundário. Nossos pré-juízos – insisto – estão calcados, pois, em uma cultura liberalindividual, onde os Códigos Civil (1916), Comercial (1850), Penal (1940), Processual Penal (1943) e Processual Civil (1973) têm-se mantido praticamente intactos (‘ilesos’), sem ao menos ‘sofrer’ uma (indispensável e necessária) filtragem hermenêutico-constitucional. São raros os juízes – e as palavras são de Dallari –, que ‘decidem os conflitos aplicando a Constituição ou lembrando-se da existência dela’”. (STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica, a lei e a justiça: discussão dos obstáculos ao acontecer da Constituição. In: TUBENCHLAK, James (coord.). *Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001, p. 402).

³³ Art. 5, § 1º, da CF: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

³⁴ “O Código não reproduz a título de normas fundamentais todos os direitos fundamentais processuais que compõem o direito ao processo justo. Isso obviamente não quer dizer que esses direitos fundamentais tenham perdido esse *status* normativo: o direito ao juiz natural, o direito à defesa e o direito à prova, por exemplo, permanecem como normas fundamentais do processo civil brasileiro, nada obstante a ausência de reprodução no Código a esse título.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 142)

³⁵ ZANETI JR, Hermes. Ob. Cit., p. 121.

1.2.1 Direitos Fundamentais Processuais

Parcela da doutrina³⁶ subdivide a matéria sobre processo prevista na Constituição em (i) direito constitucional processual (voltada aos princípios constitucionais de ordem processual) e (ii) direito processual constitucional (relativo à matéria de jurisdição constitucional, *v.g.*, mandado de segurança, ADIN); entretanto, utilizaremos apenas o termo “processo constitucional”, que abarca todos os dispositivos constitucionais que tratam sobre o processo, e que podem ser agrupados da seguinte forma:³⁷

- (i) princípios e garantias constitucionais do processo (principalmente no art. 5º da CF, *v.g.*, inciso LIV – devido processo legal);
- (ii) jurisdição constitucional *lato sensu*, que inclui a jurisdição constitucional das liberdades (*v.g.*, *habeas corpus* e mandado de segurança) e o controle judicial dos atos de poder frente à Constituição Federal, através do controle de constitucionalidade difuso e concentrado (jurisdição constitucional *strictu sensu*);
- (iii) organização judiciária e funções essenciais à Justiça (Capítulos III e IV do Título IV da CF).

Concernente a primeiro item da classificação (princípios e garantias constitucionais do processo), exsurge os direitos fundamentais processuais³⁸, que são aqueles direitos fundamentais previstos (ainda que implicitamente) na Constituição Federal, sobretudo no art.

³⁶ NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.

³⁷ ZANETI JR, Hermes. *Ob. Cit.*, p. 165.

³⁸ Canotilho destaca a existência de direitos processuais fundamentais na Constituição: “Particular relevância na conformação do processo judicial desempenham os chamados ‘direitos judiciais’ ou ‘direitos processuais fundamentais’ (cfr. CRP, arts. 27.º/4, 28.º/7/3, 29.º, 30.º, 31.º e 32.º). Estes direitos garantem, tal como os outros direitos e liberdades, posições jurídicas subjectivas e possuem, por consequência, a natureza de direitos de defesa perante os poderes públicos. Tal como muitos outros direitos, transportam também uma dimensão objectivo-institucional, funcionando como princípios jurídico-objectivos para a conformação da organização dos tribunais e do processo judicial. [...] Estes direitos processuais fundamentais têm um valor processual específico e, por isso, se chamam ‘direitos judiciais’ ou ‘direitos processuais’. Todavia, a sua teologia intrínseca insinua que eles são ‘cunhados’ como ‘direito processual’ a fim de garantirem a protecção dos direitos materiais. E como se trata de direitos, liberdades e garantias ou de direitos análogos (cfr. CRP, art. 768.º/4 e 5) vinculam imediatamente o poder judicial, ou seja, os tribunais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, p. 157, Vol. LXVI, 1990, p. 193/194). Nesse mesmo sentido, citando Peter Häberle e Konrad Hesse, Robert Alexy defende a existência do direito fundamental à organização e ao procedimento (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2015, p. 470/499).

5º, que servem como norte e pilar para a estruturação do processo, a exemplo do contraditório, da ampla defesa, da motivação, da publicidade e do juiz natural, entre outros.

1.3.FINALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Como já salientado, o processo não é mais visto apenas como técnica (um método). O processo, antes de tudo, é fenômeno de poder; a técnica vem depois, justificada pela ideologia que a orienta.³⁹ Assim, por ser fenômeno de poder, os Códigos, a despeito do caráter técnico, são frutos de sua época (caráter cultural), como qualquer obra humana.⁴⁰

Em virtude do estágio atual do Estado Democrático Constitucional estampado na Constituição Federal de 1988, a estrutura do processo civil brasileiro sofreu substancial transformação, pois está alicerçado, agora, nos valores fundamentais constitucionais (notadamente nos direitos fundamentais) e nos valores éticos (boa-fé e cooperação).⁴¹

Com efeito, a passagem do Estado Legalista para o Estado Constitucional ocasionou diversas consequências no processo, a saber: i) no campo da constitucionalidade, a lei apenas deve ser aplicada se formal e substancialmente em conformidade com a Constituição Federal, sobretudo com os princípios (que espelham valores) nela positivados, transferindo a centralidade do sistema jurídico dos Códigos para a Carta Magna.⁴²; ii) no campo das fontes, agora, ao lado das regras, há os princípios e os postulados normativos⁴³; iii) no campo da

³⁹ ZANETI JR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações ente processo e constituição*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 219.

⁴⁰ Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 55-84, jun. 2003.

⁴¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

⁴² O jusconstitucionalismo resultou no modelo de Estado Constitucional, em que o critério de validade para o direito é a Constituição, sendo esta o paradigma do direito, mormente a partir dos direitos fundamentais. Nesse modelo, resta superado o dogma do juspositivismo relativo ao dever de o juiz aplicar somente a lei, pois trata-se de uma interpretação equivocada do princípio da legalidade, já que lei, no Estado Constitucional, é somente a lei válida perante a Constituição. Para aprofundamento no tema: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001, p. 36.

⁴³ O modelo jusconstitucionalista atribui aos princípios normatividade (força jurídica), o que influencia sobremaneira a dogmática das fontes jurídicas, superando o modelo formal do juspositivismo (mera legalidade), preocupada apenas com a forma (não o conteúdo do direito). A partir desse modelo, norma jurídica (gênero) consiste em regras, princípios e postulados (espécies), os quais apresentam mesmo grau hierárquico. Sobre o modelo de sistema jurídico de três níveis: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 173-174; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 147-148. Salienta-se que a existência de um modelo de regras, princípios e procedimentos busca diminuir as lacunas decorrentes da discricionariedade deixada na aplicação do modelo juspositivista, e não aumentar a discricionariedade do julgador.

interpretação das normas, não há que se confundir texto legal com norma jurídica⁴⁴; iv) no campo da técnica legislativa, além da técnica casuística de legislar (técnica tradicional), agora também se utiliza a técnica aberta de legislar, por meio de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais abertas⁴⁵.

Por conta de todas essas transformações, e considerando a garantia fundamental de acesso à justiça prevista no art. 5º, XXXV, da Carta Magna (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), que tutela o direito, e não apenas a lei, deflui-se que a finalidade do processo não consiste apenas em ser um instrumento processual para a atuação da lei, conforme definição clássica da doutrina.

No atual estágio do processo, considerando os fins do Estado Democrático Constitucional brasileiro, infere-se que a finalidade do processo é a tutela de direitos⁴⁶, de forma efetiva,

⁴⁴ Todos os textos legais exigem interpretação, não se tratando de mera atividade descritiva, mas, sim, de atividade reconstrutiva, com atribuição de significados. Enquanto ao legislador cabe estabelecer a lei, ao juiz cabe interpretá-la. Vale dizer: legislador e juiz compartilham de funções normativas: o legislador cria direito, nos limites da CF, e o juiz interpreta o direito, reconstruindo o ordenamento jurídico a partir da Constituição e da legislação (ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 186). Assim, não se pode confundir texto (enunciado normativo) com a norma (significado normativo). A clareza do texto pode até contribuir para a sua interpretação, mas nunca o elimina, até porque para que possa ser considerada clara, a norma deve ser interpretada, de modo que a letra da lei (interpretação gramatical) é sempre o ponto de partida do intérprete, mas nunca é o de chegada (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 58). Nessa linha de raciocínio, o que se aplica são as normas, não os textos, porquanto a norma é o resultado (produto) da interpretação do texto, e não o seu objeto. Vale dizer: a interpretação tem por objeto textos normativos, ao passo que a aplicação tem por objeto normas (GUASTINI, Ricardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990, cap. I).

⁴⁵ A técnica aberta de legislar busca atender à necessidade de construção de enunciados normativos flexíveis e abertos, que se amoldem mais facilmente ao caso concreto, e acompanhem a evolução social que se dá com o tempo. A indeterminação do texto normativo pode ater-se apenas os termos que compõem a hipótese fática abstratamente prevista (antecedente), ou também alcançar, além do antecedente, a consequência jurídica da hipótese (consequente). No primeiro caso, temos os “conceitos jurídicos indeterminados” (v.g., “interesse público” – art. 178, I, CPC; “bem comum” – art. 8º, CPC); no segundo caso, temos as “cláusulas gerais” (v.g., boa-fé processual – art. 5º, CPC; poder geral de cautela – art. 301, CPC). Vale dizer: no conceito jurídico indeterminado, há escolha apenas do conteúdo a ser atribuído ao termo vago do antecedente; na cláusula geral, há escolha do conteúdo do antecedente e dos efeitos jurídicos do consequente. Frisa-se que não há ordenamento jurídico baseado exclusivamente em regras casuísticas (que tornariam o sistema rígido e fechado), tampouco em regras abertas (causariam sentimento de insegurança). Sobre as cláusulas gerais, há extensão bibliográfica, da qual destacamos: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004; MENEZES CORDEIRO, Antônio. *A boa-fé no direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007; MARTINS COSTA, Judith. O direito privado como um “Sistema de Construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 129-154, 1998.

⁴⁶ A tutela de direitos no Brasil não é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário (tutela jurisdicional). O Poder Legislativo e o Poder Executivo também prestam tutela de direito, notadamente para proteger direitos fundamentais. Vejamos o exemplo dos direitos do consumidor. A Constituição Federal prescreve que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII). O Poder Legislativo exerce a tutela normativa de direito do consumidor, quando cria leis protegendo o consumidor, a exemplo da inversão do ônus da prova. Por seu turno, o Poder Executivo presta a tutela administrativa de direito do consumidor, quando exerce o seu poder de polícia através de órgãos públicos (ex: PROCON), e fiscaliza empreendimentos que desrespeitam o CDC, aplicando-lhes multas por infração administrativa.

adequada e tempestiva, mediante processo justo. Analisemos, separadamente, cada uma dessas finalidades.

1.3.1 Tutela Efetiva

Efetividade significa a realização do direito material através do processo, até porque direito existe para ser realizado⁴⁷. A propósito, rememora-se o clássico postulado da “máxima coincidência” de Chiovenda, segundo a qual "o processo deve dar a quem tem um direito, na medida do possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de conseguir".⁴⁸

Em outras palavras: a efetividade está voltada aos resultados do processo⁴⁹, já que este tem como fim prestar a tutela jurisdicional de direitos.⁵⁰ Busca, pois, assim, um “processo civil de resultados”.⁵¹

Decorre o valor efetividade da norma fundamental que assegura o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”)⁵², e, como princípio (estado ideal de coisas que deve ser promovido - fim), essa

⁴⁷ “O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza com direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência”. (JHERING, Rudolf Von. *Géis des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 2, Abteilung 2, Unveränderter Neudruck der 5. (letzten veränderten) Auflage Leipzig 1898, Aalen, Scientia Verlag, 1968, n. XXXVIII, p. 32, t. III, n. 43, p. 17, da edição espanhola de 1910, trad. Enrique Príncipe y Satorres, Madrid, Editorial Bailly-Bailliere, *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 244)

⁴⁸ “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell’azione nascente dal contrato preliminar*. *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), Milano: Giuffrè, 1993, p. 110, v. I).

⁴⁹ “O processo civil de hoje é necessariamente um processo civil de resultados, porque sem bons resultados, e efetivos, o sistema processual não se legitima. A nova era que se anuncia inclui a visão atualizada da figura do Juiz no processo, com deveres de participação e diálogo e com empenhada responsabilidade pelo modo como sua atividade repercutirá na vida dos usuários do sistema.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nasce um novo processo civil. Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 51)

⁵⁰ “Hoje não se discute mais sua independência e autonomia (processo). Debate-se, todavia, a respeito da sua efetividade, que, em última análise, significa que o processo deve proporcionar a total proteção ao direito substancial. Isto é, somente se pode falar em efetividade do processo se o seu resultado for socialmente útil, proporcionando ao titular de um direito, em cada caso concreto, o acesso à ordem jurídica justa. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 56)

⁵¹ “Um processo civil de resultados demanda uma verdadeira interdependência do binômio direito-processo, com o sacrifício, por vezes, de regras e dogmas processuais para que se resguarde o direito material. E a busca de um resultado justo amplia ainda mais a relação entre direito e processo, para admitir uma integração entre justiça e processo, permitindo flexibilizar não apenas o direito processual, mas também o próprio direito material.” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 33)

⁵² Nesse diapasão, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe asseveram que o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, não somente possibilita o acesso formal aos órgãos judiciários, como também assegura a tutela efetiva contra qualquer forma de denegação da justiça. (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 43). A

norma não garante apenas o acesso (“entrada”) do cidadão ao Poder Judiciário através do ajuizamento de ação, mas também objetiva garantir a possibilidade concreta de “saída”, do exercício real dos direitos e de obtenção de prestação jurisdicional com justiça, por meio de um processo civil que obtenha resultados.⁵³

Enfim, conforme lição de Norberto Bobbio⁵⁴, é a busca não só pela declaração, mas também pela efetivação dos direitos, sendo certo que, parafraseando Robert Alexy, “quando existe um direito, esse também é justicializável”⁵⁵, devendo o processo ser devidamente adequado e suficientemente estruturado para servir como instrumento para a efetivação dos direitos.⁵⁶

Foi exatamente para atender à efetividade que surgiu, nas últimas décadas, uma série de técnicas processuais. O selo da efetividade carrega técnicas processuais do novo Código de Processo Civil, tais como o controle dos prazos processuais (art. 12, CPC), a arbitragem, a

Constituição portuguesa garante o direito à tutela efetiva no art. 20.5: “para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.” De igual forma, a Constituição espanhola, em seu art. 24.1: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

⁵³ ZANETI JR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações ente processo e constituição*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 216.

⁵⁴ “Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger dos que os direitos de liberdade. Mas sabemos todos, igualmente, que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção interior de um Estado, particularmente no interior de um Estado de direito. Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações. Já que interpretei a amplitude que assumiu atualmente o debate sobre os direitos do homem com um sinal do progresso moral da humanidade, não será inoportuno repetir que esse crescimento moral não se mensura pelas palavras, mas pelos fatos. De boas intenções, o inferno está cheio.” (*A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 63-64)

⁵⁵ *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2015, p. 496. Robert Alexy inclui o direito a procedimento judicial como espécie de direito fundamental prestacional, e visa (o procedimento judicial) conferir “proteção jurídica efetiva”, *in verbis*: “Direitos a procedimentos judiciais e administrativos são direitos essenciais a uma ‘proteção jurídica efetiva’. É condição de uma proteção jurídica efetiva que o resultado do procedimento proteja os direitos materiais dos titulares de direitos fundamentais envolvidos. A essa proteção de direitos materiais deve ser vinculada a fórmula do Tribunal Constitucional Federal, que descreve a tarefa do direito procedimental da seguinte forma: ‘O direito procedimental serve à produção de decisões que sejam conformes à lei e, por esse ponto de vista, corretas, mas, para além disso, de decisões que, no âmbito dessa correção, sejam justas’”. (Ob. Cit., p. 488)

⁵⁶ Barbosa Moreira aponta meios para se alcançar um processo efetivo: “[...] a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras disposições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, que resultam de expressa previsão normativa, que se possam inferir no sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Revista do Processo*, p. 27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996)

conciliação e a mediação (arts. 3º e 165, CPC), os precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 489, § 1º, V e VI, 926 e 927, CPC), o julgamento dos casos repetitivos (art. 928, CPC), os negócios processuais (arts. 190 e 200, CPC), a primazia do julgamento de mérito (arts. 4º, 139, IX, CPC), entre outros.

A ação constitucional de mandado de segurança é um instrumento processual hábil para prestar tutela efetiva, mormente porque a sentença produz eficácia imediatamente (o recurso de apelação não é dotado do efeito suspensivo) e a tutela de direito é prestada na forma mandamental (dispensa-se execução) e específica (*in natura*, e não pelo equivalente em dinheiro).

1.3.2 Tutela Adequada

Do valor constitucional efetividade (art. 5º, XXXV, CF), emerge o direito do jurisdicionado ao processo adequado, uma vez que efetivo será o processo que dispor de instrumentos de tutela adequados.⁵⁷ Em outras palavras: o processo (instrumento) precisa ser efetivo, e efetivo apenas o será se for adequado ao fim pretendido⁵⁸.

Trata-se de um direito fundamental em face do Estado, visto que, assegurado o acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), seria inútil essa garantia se daí não resultasse o direito de invocar e obter tutela jurisdicional adequada.

Com efeito, o processo tem de ser adequado para a tutela dos direitos, ou seja, capaz de promover a realização do direito material (meio idôneo para promover o fim)⁵⁹. A adequação

⁵⁷ Nesse sentido Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “A efetividade qualificada, numa perspectiva dinâmica, implica, em primeiro lugar, o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito, adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita às ‘necessidades da tutela’ manifestada na demanda. Para tanto, é altamente desejável sejam elásticas e diferenciadas as formas de tutela, levando em conta as peculiaridades das crises sofridas pelo direito material e as exigências do caso concreto.” (*Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127-128). De igual forma, Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição. [...] A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional, e, assim, considerando as várias necessidades de direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material.” (*Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 129, v. I). E também Barbosa Moreira, que ao elaborar um programa básico em prol da efetividade, preleciona que “[...] o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras disposições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, que resultam de expressa previsão normativa, que se possam inferir no sistema.” (Ob. Cit.)

⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66-67.

⁵⁹ Andre Proto Pisani realça a necessidade do direito processual fornecer tutela jurisdicional adequada para a proteção de situação específica: “Specificando, quindi, quanto detto poco fa, é possibile ora dire che il diritto sostanziale - sul piano della effettività, della giuridicità, non della sola declamazione contenuta nella carta stampata - esiste nella misura in cui il diritto processuale predispone procedimenti, forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifici bisogni di tutela delle singole situazioni di vantaggio affermate dalle norme sostanziali.” (*Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994, p. 6).

aponta a necessidade do exame do direito substancial controvertido para, só então, estruturar-se um processo dotado de técnicas processuais idôneas para o fim.

Portanto, afigura-se possível definir a adequação da tutela jurisdicional como a aptidão desta para realizar a eficácia prometida pelo direito material, com a maior efetividade e segurança possíveis (ponderação desses dois valores fundamentais).⁶⁰

Nicolò Trocker adverte que a falta de sensibilidade para a adaptação concreta do mecanismo processual às características dos direitos substanciais e à posição social das partes, tem sido um dos defeitos que frequentemente tem caracterizado as codificações processuais, demasiadamente preocupadas em desenhar um sistema linear e puro.⁶¹

Destarte, como no Estado Democrático Constitucional a finalidade do processo é a tutela dos direitos, de forma justa, adequada, tempestiva e efetiva, apenas se afigura adequado o processo que conferir os meios técnicos idôneos à obtenção da tutela do direito afirmada em juízo, cabendo ao juiz o poder-dever de construir, no caso concreto, a técnica processual idônea.

A ação constitucional de mandado de segurança é um instrumento processual hábil para prestar tutela adequada, visto que municia o cidadão de técnicas processuais adequadas ao direito material em jogo (controle judicial de atos do poder público), equilibrando processualmente essa relação entre indivíduo e o Estado que historicamente é tão desigual.

1.3.2.1 Dos Procedimentos Especiais

O direito ao processo adequado é o que justifica a existência dos procedimentos especiais.

O Código de Processo Civil de 2015 não impediu a previsão de procedimentos especiais não codificados, assumindo o *novel* diploma o papel de apontar o regime geral do processo⁶², de acordo com a visão constitucional dos direitos fundamentais processuais (art. 1º, CPC), de modo que os procedimentos especiais não codificados hoje existentes devem se ajustar a esse novo paradigma do processo civil.⁶³

Assim, não apenas sobrevivem os procedimentos especiais não codificados, como são indispensáveis ao sistema para concretizarem uma tutela jurídica adequada.

⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Ob. Cit.

⁶¹ *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

⁶² MAZZEI, Rodrigo; GONCALVES, Tiago Figueiredo, Ob. Cit., p. 101.

⁶³ “O CPC/2015 foi construído com a noção de que as codificações não são corpos legais com completude, de modo a, sem deixar de preservar os regramentos das leis especiais e estatutárias, promover diálogo com ambientes especiais, notadamente nas partes da omissão de tais legislações (naquilo que o código, reforce-se, não contrarie suas peculiaridades) e na implementação das diretrizes constitucionais no âmbito infraconstitucional.”(MAZZEI, Rodrigo; GONCALVES, Tiago Figueiredo, Ob. Cit., p. 103)

Tem-se reservado essa designação (procedimento especial) para o trata de determinadas causas, em que a pretensão às tutelas de direito apresenta particularidades tais que demandem uma forma especial para tratamento em juízo, impondo-se um procedimento próprio.⁶⁴

Quanto mais existir procedimentos adequados às especificidades da tutela pleiteada, mais perto estar-se-á de um processo justo e da justiça substancial.⁶⁵

Esses procedimentos diferenciados podem ser criados através das técnicas (i) de cognição plena e exauriente, (ii) de cognição parcial e sumária, ou (iii) da combinação de ambas técnicas.⁶⁶ Todavia, não se deve confundir restrição da cognição com sumariedade procedimental. A sumariedade procedimental redundna na aceleração da prática dos atos processuais, mas a cognição continua plena e exauriente (v.g., mandado de segurança)⁶⁷. De outro lado, a restrição da cognição está caracterizada pela técnica de cognição sumária no plano vertical ou cognição parcial no plano horizontal.

Conforme exposto, depreende-se que a existência de um único procedimento – neutro e uniforme – nunca poderá satisfazer as diversas necessidades da tutela do direito material, de modo que um procedimento inadequado ao direito substancial pode redundar na própria negação da tutela jurisdicional⁶⁸.

⁶⁴ FABRÍCIO, Furtado Adroaldo. *Justificação teórica dos procedimentos especiais*. Ensaio de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21.

⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

⁶⁶ “Por mais que se consiga reduzir à expressão mínima as formalidades do processo comum e por melhor que seja a organização judiciária, haverá sempre os direitos, pretensões materiais e interesses legítimos que, pela sua natureza, sua simplicidade ou pela urgência de tutela em razão da iminência de dano irreparável, exigirão processos diferenciados, seja em termos de procedimentos de cognição plena e exauriente ajustados às particularidades das situações substanciais controvertidas, seja em forma de procedimentos de cognição sumária, que atendam aos reclamos de extrema rapidez na concessão do provimento jurisdicional.” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 84). Nunca é demais lembrar que, segundo conhecida lição de Kazuo Watanabe, a cognição no processo civil pode ser visualizada em dois planos distintos: o horizontal e o vertical. No plano horizontal (extensão ou amplitude), a cognição pode ser plena ou limitada (parcial). Será plena se o objeto da demanda for a integralidade do conflito (elementos objetivos do processo: pressupostos processuais, condição de ação e mérito – ex: ação sob o procedimento comum) e, limitada (parcial), se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito (ex: ação possessória – não se pode discutir propriedade). No plano vertical, a cognição pode ser exauriente ou sumária, dependendo do grau de profundidade com que é realizada a cognição. A cognição exauriente baseia-se em aprofundado exame das alegações e provas (ex.: ação sob o procedimento comum), o que cria um juízo de certeza. Na cognição sumária, o juiz decide com base em juízo de elevada probabilidade da existência do direito (ex.: tutelas provisórias de urgência e de evidência).

⁶⁷ Segundo Kazuo Watanabe, o mandado de segurança é espécie de técnica da cognição *secundum eventum probationis*, a qual é utilizada pelo legislador brasileiro em diversos procedimentos, para, em razão da falta ou da insuficiência das provas, impedir que a questão seja decidida (remetendo-se as partes para as “vias ordinárias”) ou para permitir que a causa seja decidida sem caráter de definitividade. (Ob. Cit., p. 89/90).

⁶⁸ DIDIER JR, Fredie. Sobre dois importantes e esquecidos princípios do processo: adequação e adaptabilidade. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 83, v. 27, set. 2001.

Disso resulta o princípio da adequação ao procedimento, que, segundo Galeno Lacerda⁶⁹, revela-se sob os aspectos subjetivo, objetivo e teleológico.

A adequação subjetiva do processo ocorre em virtude dos litigantes (v.g., parte Fazenda Pública, menor etc.). A adequação teleológica do procedimento ocorre de acordo com as diversas funções a que visa (v.g., fim de satisfação de direito – processo executivo). A adequação objetiva pode ser classificada sob três critérios: (a) a natureza do direito material (v.g., possessória, alimentos, direito indisponível); (b) a forma como se apresenta o direito material em juízo (v.g., mandado de segurança, ação monitória); (c) a situação processual de urgência (v.g., alimentos).

Como se nota, a ação constitucional do mandado de segurança é uma espécie de procedimento especial, em virtude da forma como o direito material se apresenta em juízo (“direito líquido e certo”), o que demanda prova pré-constituída, de modo que, em razão da falta ou da insuficiência das provas (exceto a prova documental), impede-se que a questão seja decidida definitivamente, remetendo-se as partes para as “vias ordinárias” (técnica de cognição *secundum eventum probationis*). A lado disso, há sumariedade procedimental, com encurtamento dos atos processuais, de forma que o rito procedimental do mandado de segurança é totalmente distinto do procedimento comum, a ponto de sequer existir contestação por parte da autoridade coatora, mas apenas prestação de informações.

1.3.2.2 Tutela Jurisdicional Diferenciada

O direito ao processo adequado justifica a existência de “tutelas jurisdicionais diferenciadas”, expressão criada pelo jurista italiano Andrea Proto Pisani no ano de 1973, no estudo “Tutela Giurisdizionale Differenziata e Nuovo Processo del Lavoro”⁷⁰, em que o autor defende a inexistência de uma única forma de tutela jurisdicional, um único processo, para assegurar a proteção jurídica adequada em qualquer situação de direito material, independente do

⁶⁹ O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul* – Comemorativa do Cinquentenário. Porto Alegre, 1976, p. 164. Nesse ensaio, sublinhe-se que o foco de análise do princípio da adequação pelo Prof. Galeno Lacerda era apenas o legislador, e não o juiz.

⁷⁰ PISANI, Andrea Proto. Tutela Giurisdizionale Differenziata e Nuovo Processo del Lavoro. *Il Foro Italiano*. vol. 96, n. 9, set/1973, p. 205-250. Conforme explicitado pelo próprio Proto Pisani, esse artigo visava verificar, à luz da jurisprudência da Corte Constitucional italiana, a legitimidade constitucional, ou não, da reforma do único rito especial do trabalho ocorrido no ano de 1973, e, ainda que implicitamente, a introdução do procedimento sumário não cautelar prevista no art. 28, chegando-se a conclusão, ao final de seu trabalho, que essas tutelas sumárias, elaboradas sobre as peculiaridades de situações estabelecidas na Constituição, são legítimas para assegurar a tutela jurisdicional adequada de acordo com a necessidade da tutela. (Necessità di sciogliere i nodi e gli equivoci della espressione: tutela giurisdizionale differenziata. *Revista de Processo*. v. 40, n. 240, fev/2015, p. 281/282).

conteúdo deste, sendo necessário que os procedimentos sejam diversificados na medida das necessidades do direito material em questão. Escreveu Pisani:

Orbene, allorché il legislatore deve predisporre una forma di tutela giurisdizionale per una singola categoria di diritti non può non tener conto delle peculiarità proprie di questi diritti (diritti evidentemente individuati anche dai soggetti che ne sono titolari) allo scopo di predisporre un procedimento tecnicamente adeguato allo specifico bisogno di tutela. [...] Non esiste una forma di tutela giurisdizionale, un processo unico, idoneo e garantire adeguatamente qualsivoglia situazione di diritto sostanziale, indipendentemente dal contenuto di questa (e dai soggetti che ne sono titolari); esiste invece una serie molteplice ed articolata di forme di tutela giurisdizionale, di procedimenti diretti a garantire le singole situazioni di diritto sostanziale il cui bisogno di tutela è progressivamente emerso ed è storicamente riuscito ad essere riconosciuto a livello politico.⁷¹

A expressão “tutela jurisdicional diferenciada” é um termo equívoco, conforme admitiu o próprio Proto Pisani, pois, literalmente, isso significa que as necessidades de proteção devem levar a diferentes formas de proteção; contudo, todo o sistema processual italiano já era constituído com base nesta premissa.⁷²

De fato, Proto Pisani, depois de escrever seu ensaio pioneiro em 1973, esclareceu que uma coisa é a tutela jurisdicional diferenciada, onde esta designação significa a predisposição de mais procedimentos de cognição plena, alguns dos quais modelados pelas particularidades de cada situação individual controvertida; outra coisa é a tutela jurisdicional diferenciada, onde esta designação significa a predisposição de forma típica de tutela sumária não cautelar (sem o requisito do *periculum in mora*) ou cautelar.⁷³

⁷¹ Il Foro Italiano. vol. 96, n. 9, set/1973, p. 210.

⁷² “L’ espressione tutela giurisdizionale differenziata è espressione altamente equivoca. Intessa letteralmente essa significa che a bisogni di tutela devono corrispondere forme diverse di tutela: di questa ovvietà ha mais dubbiato; tutto il sistema (o i sistemi) della nostra materia sono stati costruiti sulla base di questa premissa: e così si è distinta la cognizione dalla esecuzione e nell’ambito della cognizione si sono distinte de azione (e le sentenze) di condanna dalle azioni (e dalle sentenze) di mero accertamento e costitutive, come nell’ambito della esecuzione si è distinto tra esecuzione forzata e esecuzione processuale indireta.” (Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*. Ano XXXIV, n. 4).

⁷³ “Pochi anni dopo, prima nel 1978 in occasione di una dura polemica con Gianni Verde che mi aveva accusato di muovermi nella ‘logica del marxismo rivoluzionario del secolo scorso’ (il mio scritto è pubblicato in *Dir. e giur.* 1978, 534 ss., e ripubblicato oggi in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli 2003, 228 ss.; lo scritto di Verde si legge in *Dir. e giur.* 1978, 241 ss.) e poi nel 1979 in occasione di un convegno catanese (la relazione e la replica si possono leggere in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, 232 ss., 278 ss., e già in *Riv. dir. proc.* 1979, 536 ss. e in *Dir. e giur.* 1980, 751 ss.), ebbi modo di dire, questa volta al massimo della chiarezza possibile, che una cosa è la tutela giurisdizionale differenziata, ove con tale termine si intende la predisposizione di più procedimenti a cognizione piena, taluni dei quali modellati sulla particolarità delle singole situazioni sostanziali controverse, altra cosa è la tutela giurisdizionale differenziata, ove con tale termine si intende la predisposizione di forme tipiche di tutela sommaria non cautelare (sganciata dal requisito del *periculum in mora*) o cautelare.” (Necessità di sciogliere i nodi e gli equivoci della espressione: tutela giurisdizionale differenziata. *Revista de Processo*. v. 40, n. 240, fev/2015, p. 283).

Observa-se, portanto, que Proto Pisani utiliza a expressão “tutela jurisdicional diferenciada” para referir-se tanto a procedimentos de cognição plena (*rectius*: exauriente), quanto a procedimentos de cognição sumária.

Com efeito, há formas de prestação de tutela jurisdicional diferenciada que são prestadas por meio de cognição exauriente e outros nas quais se utiliza a cognição sumária, não sendo necessária a utilização única e exclusiva desta. Veja-se o exemplo do julgamento antecipado do mérito (art. 355, CPC), que consiste em uma tutela jurisdicional diferenciada, entretanto, trata-se de cognição exauriente (e não sumária).

Ainda sobre a ambiguidade desse termo, Dornaldo Armelin apresenta os dois conceitos que emergem da expressão “tutela diferenciada”, a saber:

Dois posicionamentos, pelo menos, podem ser adotados a respeito da conceituação de ‘tutela diferenciada’. Um, adotando como referencial da tutela jurisdicional diferenciada a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo de necessidade de tutela ali veiculado. Outro, qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia no iter procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação dos seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas neste particular.⁷⁴

De igual sorte, a crítica Luigi Comoglio, para quem o conceito de tutela diferenciada parece sem um significado próprio – positivo -, implicando assim um termo para comparação (uma hipótese de rito e de tutela), a semelhança do que acontece com os “procedimentos especiais”, os quais designam simplesmente um desvio do modelo ordinário do processo. Continua afirmando que as dúvidas aumentam, depois de se considerar que determinada hipótese de “tutela diferenciada” corresponde, na maior parte, em “procedimento diferenciado”, e, portanto, “procedimento especial”, em que a cognição do juiz não é exauriente (como na ação ordinária), mas apenas sumária.⁷⁵

Por conta dessa ambiguidade da expressão tutela jurisdicional diferenciada, preferimos utilizar a expressão “técnica processual diferenciada”, por ser mais ampla e que abarca esses dois conceitos de “tutela jurisdicional diferenciada” (tanto como provimento jurisdicional, quanto como *iter* procedimental), apresentada acima por Donaldo Armelin. Dessa forma, na linha de Donaldo Armelin, falar de “tutelas diferenciadas” significa, em última análise, pensar na predisposição de mecanismos, no processo, que o tornem apto a cumprir, com maior eficiência, seu papel⁷⁶.

⁷⁴ Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista do Processo*. Ano 17, n. 65, jan-mar/1992, p. 45.

⁷⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile. *Rivista di diritto processuale*. Ano LXIII (Seconda Serie), n. 6, nov/dez 2008, p. 1523.

⁷⁶ Ob. Cit., p. 45.

Feitas essas digressões, não se deve confundir técnica processual diferenciada com procedimento especial.⁷⁷ O procedimento especial é uma forma (espécie) de técnica processual diferenciada. Há técnicas processuais diferenciadas que são aplicáveis no procedimento comum (e não exclusivamente no procedimento especial), a exemplo das técnicas da tutela antecipada e da inversão do ônus da prova, assim como nem todo procedimento especial (que, por si só, já é uma técnica processual autônoma) contém técnicas processuais diferenciadas distintas do procedimento comum, a exemplo da ação de demarcação (art. 574, CPC) e da ação de divisão (art. 588, CPC).

O mandado de segurança está repleto de “técnicas processuais diferenciadas”, a exemplo da eficácia imediata da sentença e ausência de citação e contestação.

1.3.3 Tutela Tempestiva

Para que a tutela de direito seja efetiva, torna-se imprescindível que o processo, como instrumento daquela, tenha uma duração razoável. Por tudo isso, o legislador brasileiro, a partir de 2005, elevou à categoria de princípio constitucional o direito à razoável duração do processo⁷⁸, o que se deu por meio da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF/88, vazado nos seguintes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Registre-se que algumas críticas doutrinárias foram feitas em face da inserção de tal inciso na nossa Carta Magna. Uma delas diz respeito ao fato da norma constitucional envolver conceito indeterminado (razoável duração do processo), havendo neste sentido alguns critérios que

⁷⁷ “Não há como confundir técnica processual com procedimento. O procedimento é uma espécie de técnica processual destinada a permitir a tutela dos direitos. Para se compreender o procedimento, como técnica processual autônoma, é necessário distanciá-lo da técnica antecipatória, das sentenças e dos meios executivos. Isso porque é possível distinguir direito ao procedimento de, por exemplo, direitos a sentença e meio executivo adequado. O procedimento, embora possa ser visto como garantia de técnica antecipatória, sentenças e meios executivos, pode ser analisado como algo que se diferencia do procedimento ordinário de cognição plena e exauriente, e nesses termos possui importância por si só, independente das técnicas processuais nele inseridas.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 315, v. I)

⁷⁸ No direito italiano, o art. 111 da Constituição preconiza que “la legge ne assicura la ragionevole durata do processo”; no direito espanhol, o art. 24.2 da Constituição fala em “proceso público sin dilaciones indebidas”; no direito português, o art. 20.5 da Constituição diz que “para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”

servem de parâmetro para aferição do chamado "tempo do processo"⁷⁹. A outra crítica se refere ao fato de já existir, em nosso ordenamento jurídico, previsão legal garantindo que o processo tenha duração razoável, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, que foi acolhido pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 09.11.1992, dispondo, em seu art. 8º, item I, que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente [...]”. Logo, por força da inteligência do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o referido Pacto passou a integrar a ordem jurídica constitucional.⁸⁰

Na verdade, antes mesmo desse Pacto, o inciso II do art. 125 do Código de Processo Civil de 1973 já estabelecia competir ao juiz "velar pela rápida solução do litígio". E mais: o princípio da eficiência, preconizado no art. 37 da Carta Magna, é de observância obrigatória a todos os agentes públicos; devendo salientar, também, que o princípio da duração razoável do processo já estava previsto, implicitamente, em nossa Constituição Federal de 1988, isto em decorrência do disposto no art. 5º, inciso XXXV (princípio do acesso à justiça).⁸¹

Assim, malgrado a desnecessidade de mais uma norma legal estabelecendo o princípio da duração razoável do processo, como no Brasil há uma "crença" de que tudo o que se pretende concretizar na prática deve ser constitucionalizado, é de se notar que está havendo uma ligeira e paulatina melhora na prestação jurisdicional, isto após o advento da Emenda Constitucional nº 45.⁸²

Sem sombras de dúvidas, os efeitos da demora na prestação jurisdicional sempre foram devastadores. Tal constatação foi feita por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, informando que:

⁷⁹ Tal expressão é utilizada por José Roberto Cruz e Tucci. *In: Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 26.

⁸⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 85-86.

⁸¹ Nesse diapasão, José Afonso da Silva diz, textualmente: “Aqui interessa o processo judicial, que é o resultado do exercício do direito de acesso à Justiça [...] De fato, o acesso à Justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil [...] daí criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize [...]” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 432). Nesse sentido colhe-se aresto do STF: “[...] de nada valeria a CF declarar com tanta pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo (e, no caso, o direito à brevidade e excepcionalidade da internação preventiva), se a ele não correspondesse o direito estatal de julgar com presteza. Dever que é uma das vertentes da altissonante regra constitucional de que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV do art. 5º). Dever, enfim, que, do ângulo do indivíduo, é constitutivo da tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário (“universalização da Justiça”, também se diz.)” (HC 94.000, Rel. Min. Ayres Britto, j. 17.06.2008, Primeira Turma)

⁸² Consoante observação do magistrado Alcenir José Demo, em dissertação de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito de Vitória (FDV) no ano de 2011, sob o título “Direito de propriedade e acesso à justiça sob a ótica da jurisdição no estado constitucional”, “um fator que vem diminuindo, paulatinamente, a duração do processo são as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, a exemplo da Meta-2 do CNJ.” (p. 88).

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. [...] a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.⁸³

A preocupação com a morosidade na prestação jurisdicional vem de longa data, bastando recordar que a famosa Carta Magna do Rei João "Sem Terra", editada no ano de 1215, já dispunha sobre a proibição de uma Justiça tardia, consoante se deflui da dicção do seu § 40: “a ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

O clamor por uma Justiça mais célere é um anseio de todo o cidadão, em toda a parte do mundo, que “bate às portas” do Poder Judiciário buscando a tutela jurisdicional de seus direitos. Daí a preocupação dos países em conferir essa garantia em seus ordenamentos jurídicos, tanto que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, em seu art. 47 assim dispõe, textualmente: “Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei.”

Sabe-se que o Estado-juiz, ao desempenhar a sua atividade jurisdicional, necessita de determinado tempo para alcançar a certeza jurídica em relação a cada litígio, período este que pode ser menor ou maior, dependendo da natureza do procedimento e da complexidade da demanda.

Quais são, então, os critérios para definir se um processo alcançou ou não a tão almejada duração razoável?

À luz da jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem, eis os critérios a serem levados em consideração, essencialmente: (i) complexidade do assunto; (ii) comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; (iii) atuação do órgão jurisdicional e de seus auxiliares.⁸⁴

Uma das causas da morosidade do processo, e que tem sido objeto de muitas críticas dos juristas, diz respeito ao "formalismo estéril" (“formalismo exacerbado”), que acaba por prejudicar a tutela efetiva e tempestiva do direito material postulado em juízo. Com efeito, o

⁸³ GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 20-21.

⁸⁴ Defende essa classificação Frederico Augusto Leopoldino Koehler, argumentando que a mesma é também seguida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela Corte de Cassação da Itália, pelo Tribunal Constitucional da Espanha. (KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 74)

processo civil brasileiro, ao invés de ser um instrumento (meio) efetivo para a tutela dos direitos, tem sido, em alguns pontos, um fim em si mesmo, isto em virtude das suas formalidades procedimentais inúteis.

Outro fator para a demora da prestação jurisdicional é o desprestígio das sentenças de primeira instância, já que não dotadas, em regra, de eficácia imediata, pois os recursos de apelação devem ser recebidos em ambos os efeitos (devolutivo e suspensivo), na forma do art. 1.012 do CPC⁸⁵, o que vai de encontro ao princípio constitucional da duração razoável do processo.⁸⁶

É importante ressaltar que não se está aqui propugnando pela não observância das garantias do processo justo, desrespeitando-se os direitos fundamentais processuais. Absolutamente. O Estado-juiz deve primar pela duração razoável do processo, sem prejuízo de assegurar às partes os direitos fundamentais processuais. Logo, a preocupação quanto a este valor (segurança jurídica) também soma na contagem do "tempo do processo".

Com efeito, a busca pela efetividade do processo não pode anular o núcleo essencial do valor segurança jurídica. Efetividade não é sinônimo de celeridade. A Constituição Federal preconiza a duração "razoável" do processo, e não a duração "célere" do processo, até porque o elemento "tempo" é inerente à própria essência do procedimento (que apresenta a prática de vários atos processuais, em diversas instâncias) e à etimologia da expressão "processo" ("marchar para frente"), o que significa algo dinâmico na linha do tempo.⁸⁷

Assim, sob o ambiente do processo, nem tudo se amolda ao jargão "quanto mais depressa melhor", já que o fim do processo não é, exclusivamente, apenas tutelar os direitos de forma rápida, mas, também, obter um processo justo (devido processo constitucional), valorizando, além da efetividade, outro grande valor do processo: a segurança jurídica.

⁸⁵ O projeto originário aprovado pelo Senado Federal modificava esse ponto, impondo, em regra, a eficácia imediata da sentença; contudo, esse dispositivo não fora aprovado pela Câmara Federal.

⁸⁶ Baseado em Mauro Cappelletti, eis as críticas feitas por Luiz Guilherme Marinoni: "O direito fundamental à duração razoável impõe a inversão da lógica que sempre dominou o processo civil brasileiro. Note-se que, se o autor tem o direito de obter a imediata tutela do direito evidenciado no curso do processo, também tem o direito à execução imediata da sentença que reconhece o direito material. A sentença, até prova em contrário, é um ato legítimo e justo. Por isso, é o recorrente ou o réu que deve pagar pelo tempo de demora do processamento do recurso. Não há como respeitar o direito fundamental à duração razoável sem atribuir efeitos concretos à sentença, ou melhor, sem dar à sentença a possibilidade de interferir na vida das pessoas. Aliás, o processo que nega efeito à sentença também nega valor ao juiz e ao tempo de primeiro grau de jurisdição. Uma sentença que não pode produzir efeitos na pendência de apelação e, no máximo, um projeto da decisão do tribunal. [...]" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 271, v. I).

⁸⁷ Cernelutti já se posicionara nessa mesma direção: "Infelizmente, a justiça, se é segura não é rápida, e se é rápida não é segura. É preciso ter a coragem de dizer, por sua vez, também do processo: quem vai devagar, vai bem e vai longe. Esta verdade transcende, inclusive, da própria palavra 'processo', a qual alude a um desenvolvimento gradual no tempo: proceder quer dizer, aproximadamente, dar um passo depois do outro." (CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Campinas: Minelli, 2002, p. 22)

Como bem ponderou José Carlos Barbosa Moreira, “se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torna-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem; não, contudo, a qualquer preço.”⁸⁸

Tal raciocínio é corroborado por José Joaquim Gomes Canotilho, ao explicitar que “a ‘aceleração’ da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta.”⁸⁹

De outra banda, também se é errado colocar a celeridade como escopo único do processo, também não se afigura possível buscar a segurança jurídica como objetivo absoluto e exclusivo do processo, a ponto de abdicar do valor efetividade, deixando, assim, de prestar a tutela tempestivamente.⁹⁰ Ora, parafraseando o conhecido discurso de Rui Barbosa, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”⁹¹ Nessa medida, não se afigura possível contrariar o axioma da máxima coincidência chiovendiano, pois quando o tempo impede a máxima coincidência entre o pretendido e o obtido (efetividade), surge a necessidade de tutelar o direito do autor, ainda que provisoriamente (através de tutela provisória).

Firmadas essas premissas, impõe-se conciliar, o máximo possível, esses dois grandes valores do processo (efetividade e segurança jurídica), lançando, mão, para tanto, do princípio da concordância prática⁹² desses bens jurídicos em tensão, de forma a evitar o sacrifício (total) de um em relação ao outro.

A ação constitucional do mandado de segurança é um excelente exemplo de materialização da tutela tempestiva, porquanto é bastante reduzida a prática de atos processuais (não há contestação no prazo de 30 dias, mas sim meras informações no prazo de 10 dias; inexistência de réplica; é descabido a intervenção de terceiros; inexistência de instrução probatória e alegações finais; há prioridade legal para julgamento da ação mandamental), de modo a possibilitar a prolação de sentença e de acórdãos (com a consequente entrega do bem jurídico postulado)

⁸⁸ O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual*, 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 487.

⁹⁰ Consoante advertência de Dinamarco: “É preciso, no entanto, não se ofuscar tanto com o brilho dos princípios nem ver na obsecada imposição de todos e cada um a chave mágica da justiça, ou o modo infalível de evitar injustiças. Nem a segurança jurídica, supostamente propiciada de modo absoluto por eles, é um valor tão elevado que legitime um fechar de olhos aos reclamos por um processo rápido, ágil e realmente capaz de eliminar conflitos, propiciando soluções válidas e invariavelmente úteis.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 22-23)

⁹¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 18. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1920, p. 74.

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. Cit., p. 1224.

em prazo relativamente rápido, se comparado com o tempo que se gastaria na ação sob o procedimento comum.

1.3.4 Processo Justo

Do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF)⁹³ emerge o direito fundamental ao processo justo no direito brasileiro.⁹⁴

O direito ao processo justo visa obter uma decisão justa para as partes. Justo não é qualquer processo que se limita a ser disciplinado somente no plano formal. Justo é o processo que se desenvolve respeitando os parâmetros fixados nas normas constitucionais e de acordo com os valores da sociedade.⁹⁵

O processo justo (*giusto processo, procès équitable, faire Verfahren, fair trial*) revela um "conteúdo mínimo essencial"⁹⁶, um "núcleo forte ineliminável"⁹⁷, sem o qual não se está diante de um processo justo (no aspecto formal).

⁹³ Eis a lição de Gilmar Ferreira Mendes a respeito do devido processo legal: “Atribui-se à Carta Magna inglesa, de 1215, a origem da cláusula do devido processo legal, e, por conseguinte, ao direito ao processo justo (*fair trial*), que em seu art. 39 dispunha que ‘nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país.’ [...] A ideia mais geral constante dessa cláusula constitucional é que, no Estado Democrático de Direito, entre o indivíduo e a coação estatal incidente sobre seus bens e sua liberdade deve sempre se interpor um processo, devidamente conduzido por um juiz. [...] A noção de devido processo legal significa, portanto, a exigência de um processo justo. O processo justo não é apenas aquele que está formalmente preestabelecido em lei, mas o processo previsto de forma adequada e razoável para a consecução de sua finalidade primordial no Estado Democrático de Direito, que é a garantia e proteção dos direitos fundamentais. [...] o devido processo não é apenas o processo legal, mas o processo legal, justo e adequado.” (*Comentários à Constituição do Brasil*. J.J. Gomes Canotilho (coord). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 429/430).

⁹⁴ Na Europa, o direito ao processo justo encontra-se expressamente positivado na Constituição da Itália (art. 111, inserido pela emenda de 23 de novembro de 1999: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”) e de Portugal (art. 20.4: “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”).

⁹⁵ TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profi li generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LV, n. 2, 2001, p. 386.

⁹⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia dell’Azione ed il Processo Civile*. Padova: Cedam, 1970, p. 156. Para Luigi Comoglio, atento ao modelo internacional de garantias constitucionais do processo, esse conteúdo mínimo incluiria os componentes essenciais de igualdade entre as partes perante o juiz, a independência, imparcialidade e a prévia constituição por lei dos órgãos judiciais, a publicidade das audiências e das decisões judiciais, a duração razoável do processo, a efetividade do acesso à justiça, o contraditório e a defesa técnica em juízo, e o direito à prova. (I modelli di garanzia costituzionale del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLV, 1991, p.689.)

⁹⁷ PISANI, Andrea Proto. Giusto Processo e Valore della Cognizione Piena. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 2002, p. 267. Para Proto Pisani, o núcleo forte e ineliminável da garantia do justo processo envolve o direito de as partes poderem influenciar no convencimento do juiz, poderes de ação e defesa e instrutórios às partes, dever de debate por parte do juiz, inclusive matérias apreciáveis de ofício, e duplo grau de jurisdição.

No direito pátrio, a doutrina apresenta o seguinte perfil mínimo de um processo justo: colaboração do juiz para com as partes, em processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participem em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório e com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que seus pronunciamentos sejam confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável, com direito à assistência judiciária integral e coisa julgada.⁹⁸

Ora, o ideal de justiça (que decorre de um processo justo) é um valor supremo previsto no Preâmbulo da Carta Magna de 1988, e que deve permear todo o ordenamento jurídico, sobretudo no âmbito do processo, com o desiderato de se obter uma decisão justa.

Entrementes, o conceito de decisão justa não está alicerçado na concepção filosófica da palavra “justiça”, mas entende-se como decisão justa aquela capaz de tutelar os direitos de forma adequada (ao direito material e às partes), tempestiva (em tempo razoável) e efetiva (realizada no mundo real), e que observe a unidade do direito (precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes), já que, no Estado Democrático Constitucional, a finalidade do processo é a tutela dos direitos, de forma justa, adequada, tempestiva e efetiva.⁹⁹

O processo deve conferir às partes o direito a um processo justo (por meio de direitos fundamentais processuais, a exemplo do juiz natural, contraditório, publicidade etc.), mas também deve assegurar um processo efetivo. Esses dois objetivos relevam dois valores essenciais, a dizer, o da segurança (processo justo) e da efetividade (processo efetivo), os quais se encontram em permanente tensão, em uma relação proporcional, pois quanto maior a efetividade, menor a segurança, e vice-versa.¹⁰⁰

A conformação interna do processo atenderá aos valores imperantes em cada sociedade, ora prestigiando a segurança, ora a efetividade, devendo-se, através do postulado normativo¹⁰¹ da

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 493, v. I.

⁹⁹ ZANETI JR, Hermes. CPC/2015: O Ministério Público como Instituição de Garantia e as Normas Fundamentais Processuais. *Revista Jurídica. Corregedoria Nacional*, v. 2, 2017, p. 128.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 124-125.

¹⁰¹ Sobre a diferenciação entre normas jurídicas de primeiro grau (regras e princípios) e de segundo grau (postulados normativos), consultar obra de Humberto Ávila (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2016), bem como Robert Alexy, *in verbis*: “Lo que hasta ahora se há descrito, el nivel de la regla y el de los principios, no proporciona un cuadro completo del sistema jurídico. Ni los principios ni las reglas regulan por sí mismos su aplicación. Ellos representan sólo el costado pasivo del sistema jurídico. Si se quiera obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de las reglas y principios. Por lo tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que serem completados com un tercer nível. Em un sistema orientado por el concepto de la rãzona prática, este tercer nível puede ser sólo el de un procedimiento que asegure la racionalidade. De esta maneira, surge un modelo de sistema jurídico de três niveles que pede ser clamado modelo reglas/ principios / procedimiento”. (ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Depreco*. Barcelona: Geias, 1997, p. 173-174)

ponderação, realizar a eficácia prometida do direito material, com a maior efetividade e segurança possíveis.¹⁰²

A ação de mandado de segurança contém o perfil mínimo de um processo justo, pois se afigura possível a colaboração do juiz para com as partes (princípio da cooperação), a participação das partes em pé de igualdade e com paridade de armas (igualdade substancial), em contraditório e com ampla defesa, com limitação (justificável constitucionalmente) ao direito à prova para ambas as partes (o que não impede a discussão completa em ação ordinária), perante juiz natural, em que seus pronunciamentos devam ser analítica e concretamente motivados, em procedimento público sumário, com direito à assistência judiciária integral e à coisa julgada (nos limites do *writ*), onde é prestada uma tutela de direito efetiva, adequada e tempestiva.

1.4. DIRETRIZES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Firmadas as premissas da constitucionalização do processo e da finalidade constitucional do processo (prestar tutela de direito efetiva, adequada e tempestiva, mediante processo justo), se afigura possível compreender, agora, em qual momento histórico o Código de Processo Civil de 2015 fora debatido e aprovado, em que a República Federativa do Brasil, desde a Proclamação da República no ano de 1889, vive o seu maior período da história sob um regime de Estado Democrático de Direito¹⁰³, tutelando, sobretudo, os direitos fundamentais dos cidadãos, em suas diversas dimensões.

É a partir desse aspecto cultural histórico que o Código de Processo Civil de 2015 deve ser interpretado e aplicado.

O Código de Processo de Civil de 2015 começou a ser elaborado no ano de 2009, quando o Presidente do Senado Federal nomeou uma Comissão de Juristas integrada por 11 (onze) membros para redigir um anteprojeto do referido *Codex*, tendo o processo legislativo iniciado no Senado em 2010, com o número do PL 166/2010.

¹⁰² Todavia, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira salienta que “vários fatores vêm determinando, nos dias atuais, maior prevalência do valor da efetividade sobre o da segurança. Em razão da mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário, numa sociedade de massas, com interesse de amplas camadas da população, tornam-se imperativas uma solução mais rápida do processo e a efetividade das decisões judiciais. Outro fato significativo constituiu a própria adoção dos princípios e sua constitucionalização, fenômeno iniciado após o término da Segunda Guerra Mundial. [...]. Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado Liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina.” (Ob. Cit., p. 135-136).

¹⁰³ MAZZEI, Rodrigo; GONCALVES, T. F., Ob. Cit., p. 100.

Conforme constou na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil¹⁰⁴, encaminhado ao Presidente do Senado Federal pelo presidente da Comissão, o Ministro Luiz Fux, este apresentou os pilares do novo diploma legal, e assim procedeu consoante esse novo paradigma do processo civil ora abordado, em que se busca concretizar os direitos fundamentais no seio do processo.

Segundo o Ministro Luiz Fux, os trabalhos da Comissão se orientaram, precipuamente, em alcançar cinco objetivos: (a) sintonia com a Constituição Federal; (b) processo voltado para a realidade fática (autorregramento do processo); (c) simplificação; (d) processo com o maior rendimento possível; (e) coesão no sistema.¹⁰⁵

No que tange ao primeiro objetivo, qual seja, um processo civil em sintonia com a Constituição Federal, o legislador encampou o atual estágio do processo (formalismo-valorativo).

Com efeito, o CPC recepciona a Constituição, constitucionalizando o processo.¹⁰⁶ Para tanto, estabelece normas fundamentais que serão a bússola interpretativa do direito processual. Normas fundamentais são normas que estruturam a aplicação do direito dentro de um determinado ordenamento, para além do texto. O espírito das normas fundamentais é dar unidade de sentido e direção à aplicação do direito.¹⁰⁷

As normas fundamentais do Código de Processo Civil orientam e direcionam a aplicação do direito processual brasileiro, ou seja, não se restringem ao processo civil. As normas

¹⁰⁴ <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Salienta-se que o Código de Processo Civil de 2015 não contém Exposição de Motivos, o qual constou apenas do Anteprojeto apresentado pela Comissão ao Presidente do Senado Federal.

¹⁰⁵ Além desses cinco objetivos do Anteprojeto, Cândido Rangel Dinamarco acrescenta: “A esses objetivos centrais, que constituem o núcleo essencial anunciado pelos reformadores, é lícito acrescentar duas outras linhas de largo espectro e muita relevância sistemática, que são (f) a adoção de um modelo colaboracionista, com a explícita e ampla imposição às partes do dever de cooperação de cada uma delas com o juiz (art. 6º) e, ao próprio juiz, do dever de dialogar com as partes (arts. 9º, 10 etc.), e (g) a nova estrutura do próprio Código de Processo Civil.” (O novo Código de Processo Civil Brasileiro e a ordem processual civil vigente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 247, p. 63-103, set/2015)

¹⁰⁶ “Alguns poderiam dizer que a constitucionalização já havia ocorrido em 1988, uma vez não existir direito fora da Constituição Federal. Contudo, é bom compreender o tema em uma perspectiva histórica – o processo de constitucionalização leva tempo. A expressa menção, no novo diploma legal, do dever de interpretação conforme a Constituição (art. 1.º) é um grande passo adiante, pois é sabido o impacto que a Constituição de 1988 teve no direito processual, a começar por ter tal impacto, pela primeira vez na história brasileira, ampliado alguns princípios do processo penal para o processo civil. Constitucionalizar a lei infraconstitucional é um grande passo para apagar dois grandes problemas: a) expurgar antigas soluções individualistas e privatistas extremadas de processo, decorrentes do abuso dos direitos de liberdade das partes, do formalismo jurídico e do formalismo interpretativo; b) afastar antigas soluções publicistas radicais igualmente extremadas, decorrentes do abuso do papel do Estado-juiz no processo, sem a possibilidade de efetiva influência das partes e do Ministério Público nas decisões judiciais e sem o dever de debates do juiz para com as partes e para com o Ministério Público.” (ZANETI JR, Hermes. CPC/2015: O Ministério Público como Instituição de Garantia e as Normas Fundamentais Processuais. *Revista Jurídica. Corregedoria Nacional*, v. 2, 2017, p. 108).

¹⁰⁷ ZANETI JR, Hermes. Ob. Cit., p. 103.

fundamentais espalham sua normatividade para todo o direito processual, seja relacionando-se aos microssistemas, seja para os outros ramos do direito processual (art. 15, CPC).

Seguindo o modelo francês (*Nouveau Code de Procédre Civile*) e inglês (*Civil Procedure Rules*), já no limiar do CPC (art. 1º), está estampado o perfil constitucional do processo civil, ao preconizar que o “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

Normas fundamentais processuais foram inseridas nos doze primeiros artigos (arts. 1º a 12, CPC), mas também se encontram espalhadas por todo o diploma legal, a exemplo da fundamentação hermenêutica e analítica adequada (art. 489, § 1º, CPC) e os precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 926 e 927, CPC).¹⁰⁸

Concernente ao segundo objetivo do CPC, qual seja, um processo voltado para a realidade fática, extrai-se o direito das próprias partes disciplinarem juridicamente suas condutas processuais (autorregramento do processo), de forma a concretizar o princípio da autonomia da vontade, que decorre do valor liberdade previsto na Carta Magna (art. 5º, *caput*).¹⁰⁹

À guisa de ilustração dessa diretriz no CPC, pode-se citar: (a) o estímulo à conciliação e mediação (art. 3º, §§ 2º e 3º; arts. 165 a 175); (b) o prestígio à arbitragem (art. 3º, § 1º); (c) a previsão de negócios processuais típicos (ex: saneamento consensual, art. 357, § 2º; calendário processual, art. 191; distribuição do ônus da prova, art. 373, § 3º) e atípicos (art. 190¹¹⁰, como cláusula geral).

¹⁰⁸ Nesse sentido: “As normas fundamentais tratam da constitucionalização do direito processual (art. 1º, CPC), do acesso à justiça pela tradicional porta do Poder Judiciário, mas também através da justiça multiportas (art. 3º, §§ 1º a 3º, CPC), do processo justo (art. 2º e 8º, disciplinando o princípio da demanda, os poderes de impulso oficial, os casos em que a legislação autoriza a relativização do princípio da demanda e dos poderes de impulso oficial para atingir a finalidade do processo, a exemplo do autorregramento da vontade e dos poderes instrutórios e de gerenciamento do processo pelo juiz), do princípio da primazia do julgamento de mérito (art. 4º, CPC), da boa-fé e da lealdade processual, com o controle objetivo do abuso de direito processual (art. 5º, CPC), da cooperação ou colaboração (art. 6º, CPC), do contraditório, preferencialmente prévio, mas também diferido e eventual, compreendido não apenas como direito de ação e reação, como simples bilateralidade da audiência, mas como direito de influência e dever de debates por parte do juiz (arts. 7º, 9º, 10, CPC), da duração razoável do processo (arts. 4º e 12, CPC), do autorregramento da vontade no processo (arts. 190 e 200, CPC), da fundamentação hermenêutica e analiticamente adequada (art. 11 e 489, § 1º, CPC), dos precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 926, 927, 489, § 1º, V e VI, CPC) e dos casos repetitivos (*rectius*: questões repetitivas, de direito material e processual, que impliquem técnicas de gestão adequada para resolução conjunta).” (ZANETI JR, Hermes, *Ob. Cit.*, p. 104)

¹⁰⁹ DIDIER Jr, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 133, v. I. E assevera: “O princípio do *respeito ao autorregramento da vontade* no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas.”

¹¹⁰ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

No terceiro objetivo do CPC, a saber, a simplificação do procedimento, absorvendo o pensamento da fase instrumentalista do processo, pretendeu-se uma visão do processo como um meio (instrumento), e não um fim em si mesmo.

Com efeito, o CPC revela um processo como método de solução de problemas, e não meramente uma teoria descomprometida de sua finalidade (formalismo exacerbado).¹¹¹

Cristalizando esse desiderato de simplificação¹¹², ocorrera a extinção de exceções rituais (v.g., exceção de incompetência relativa), extinção dos incidentes de valor da causa, de falsidade e de declaração incidental, bem como extinção das ações cautelares típicas (processo cautelar).

No que toca ao quarto objetivo do CPC, ligado ao processo com o maior rendimento possível, fora positivado o princípio da primazia do julgamento do mérito (art. 4º), de modo que o magistrado, inclusive em grau recursal, deve priorizar o julgamento do mérito, sempre que possível. Isso redundava no dever processual de o juiz sanear vícios processuais (arts. 139, IX e 488, ambos do CPC), determinando a parte a sua correção antes de proferir sentença sem resolução do mérito (art. 317, CPC)¹¹³, mesmo em grau recursal (art. 932, CPC).

Na esteira do referido princípio, ocorrera a ampliação da autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais, na forma legal (art. 503, § 1º, CPC¹¹⁴), bem como fora extirpada a impossibilidade jurídica do pedido como condição de ação, transformando-se em matéria de mérito. Pretende-se um processo mais efetivo, e menos burocratizado, com formalidades inúteis.

Por fim, respeitante ao último objetivo (coesão no sistema), o CPC pretendeu imprimir

¹¹¹ Sobre esse formalismo exacerbado (e inútil), adverte Dinamarco: “Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensíveis às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20-21)

¹¹² A simplificação do procedimento se insere na terceira onda renovatória apontada por Capelleti e Garth. São três as chamadas ondas renovatórias defendidas por esses juristas: a primeira, voltada para uma assistência jurídica às partes hipossuficientes; a segunda, voltada para a tutela dos chamados “interesses supra-individuais”, especialmente aqueles relacionados aos consumidores e ao direito ambiental (interesses difusos e coletivos); a terceira, correspondente ao “modo-de-ser-do processo” (simplificação e racionalização de procedimentos visando à justiça mais acessível). (CAPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Hellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988).

¹¹³ Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

¹¹⁴ “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.”

organicidade às regras do processo civil brasileiro. Nesse sentido, fora criada a Parte Geral do CPC, bem como um Livro próprio que trata dos Processos nos Tribunais. Ademais, ocorrera a realocação de algumas cautelares típicas (ex. produção antecipada de prova, que fora transportada para o processo de conhecimento, art. 381) e hipóteses de intervenção de terceiros (oposição, que agora é um procedimento especial – art. 682).

2. DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DO PODER PÚBLICO

2.1 DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DO PODER PÚBLICO (*judicial review*)

2.1.1 O surgimento do controle judicial dos atos do Poder Público

No dizer de Celso Agrícola Barbi, “longo e penoso é o caminho percorrido até hoje pelos indivíduos na luta contra os excessos do Poder Público”¹¹⁵, até porque não é natural ao poder ser limitado; sua tendência é sempre expandir-se na máxima medida.

Em princípio, à exceção da democracia grega¹¹⁶, a fonte mais antiga do controle do Poder Público remonta à *Magna Charta Libertatum* inglesa de 1215 que limitou os poderes do Rei João, com o surgimento do princípio do devido processo legal¹¹⁷, o qual, embora apresente diversos contextos históricos, sempre esteve relacionado ao controle do poder.

¹¹⁵ BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1. E complementa o professor em outra ocasião: “Nós devemos lembrar que a luta contra os abusos do Poder Público é multimilenar. Não é uma luta nova. A certa altura, nós poderíamos distinguir a luta contra os atos excessivos do Poder Legislativo. Quer dizer, quando o Poder Legislativo, através de leis, tirava os direitos que nós consideramos inalienáveis do cidadão. Infelizmente, nem sempre a lei contém os direitos. Isso foi objeto de grandes lutas e acabou resultando numa grande conquista, que é o constitucionalismo moderno, no qual o cidadão encontra amparo contra os excessos do Legislativo. Mas também no Executivo, mesmo quando passou a ser controlado, quando entramos no Estado de Direito, segundo o qual a administração está vinculada às leis e aos direitos, mesmo neste caso, encontramos sempre as hipóteses de áreas em que o Executivo, nem sempre por má fé, mas às vezes por ignorância quanto a situações de fato, ou má interpretação da lei, acaba violando o direito do cidadão, saindo, portanto, da lei. E até mesmo o Judiciário, ao aplicar a lei, erra. Evidentemente temos, aqui, recursos, muitas vezes suficientes, outras vezes não. Mas em resumo, o que se observa é que todos os três poderes praticam, com certa frequência, violações de direitos do cidadão. [...] Os mais frequentes casos, contudo, são os excessos do Executivo e aí temos o Mandado de Segurança como o mais perfeito instrumento que o nosso Direito já construiu”. (Mandado de segurança: fundamentos históricos e constitucionais. In *Mandado de Segurança*. Sérgio Ferraz (org.). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris e Instituto dos Advogados Brasileiros, 1986, p. 72)

¹¹⁶ A democracia grega já previa o *nómos* (a norma) como controle de poder. Para os gregos, a norma era a base do controle do poder político. Em Atenas, nenhum cidadão poderia estar acima das normas estabelecidas democraticamente. (GILLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Espanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 76).

¹¹⁷ Sobre a origem do princípio, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 25. Malgrado nascido na Inglaterra, o princípio do devido

Ainda na Inglaterra, porém mais adiante no tempo (século XVII), Seabra Fagundes aponta um importante marco em que se visualiza o surgimento do efetivo controle jurisdicional sobre a Administração Pública.¹¹⁸ Seabra Fagundes relata que o Rei Guilherme, o Conquistador, quando se afastava do país, deixava ao *Justiciar* (equivalente a Primeiro-Ministro em nossos dias) a regência do Reino e o encargo da missão julgadora. Posteriormente, fora criada a Corte do Banco do Rei como órgão, incumbindo, em nome da Coroa, de receber reclamações contra os funcionários do próprio Rei, e emitindo decisões contra os servos da própria Coroa, de caráter obrigatório, sendo que, em princípio, o fez com o selo do Rei, e, depois, diretamente. Todavia, Bancroft, arcebispo de Cantuária, pretendeu devolver ao Rei as causas de conhecimento da Corte do Banco, mas sofreu forte oposição. Contudo, ainda permanecia o poder soberano do Rei, de demitir ao seu prazer os membros da Corte, bem como alterar a competência da Corte, até que em 1701, com o *Act of settlement*, se proibiu a demissão livre dos funcionários da Justiça e também se lhes estabilizou a competência funcional, surgindo, a partir de então, com a garantia de independência dos juízes, o Judiciário como poder autônomo e, por conseguinte, o efetivo controle dos atos de poder.¹¹⁹

Insta consignar, ainda, o histórico caso em julgamento *Marbury vs. Madison* no ano de 1803, que revolucionou o sistema judicial estadunidense, ocasião em que a Suprema Corte possibilitou o controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público (*judicial review*), dando uma amplitude maior que a originária do *common law* inglês.¹²⁰

processo legal desenvolveu-se sobretudo nos Estados Unidos, marcado por duas características. A primeira, decorre da evolução do “law of de land” (julgamento constituído pelos seus pares) e do “his day on court” (direito de ser ouvido pelo tribunal) e revela um caráter processual (*procedural due process*). A segunda, de natureza substantiva (*substantive due process*), tornou-se o principal instrumento para o exame da razoabilidade e da racionalidade das normas e dos atos do Poder Público. O devido processo legal, nessas aludidas vertentes, tornou-se uma das principais fontes da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, e balizador do sistema de “checks and balances” (sistema de freios e contrapesos).

¹¹⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 98-99.

¹¹⁹ Arremata Seabra Fagundes: “Assegurada a independência dos funcionários da Justiça, é aí que se começa a existir, praticamente, o controle do Poder Administrativo por um órgão autônomo, mais tarde individualizado na estrutura política de todos os Estados com o nome de Poder Judiciário. Por isso se pode dizer que esboçar a história do controle jurisdicional da Administração Pública, por intermédio da jurisdição ordinária, é acompanhar a gradativa formação do Poder Judiciário como órgão autônomo na estrutura política do Estado, porque é exatamente por meio desse fenômeno que se efetiva, com nitidez, a sua aparição no mecanismo estatal. [...]. Antes que tal se desse, não poderia haver controle efetivo sobre a Administração. O que havia era o favor da Administração mesmo em atender a certas reclamações. O controle sobre os atos administrativos só começa a existir, na verdade, quando se constitui um poder especialmente jurisdicional. Por muito tempo houve juízes sem que houvesse Poder Judiciário. Eles dependiam em tudo do soberano” (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 99)

¹²⁰ Marinoni afirma que “o controle judicial de constitucionalidade é praticamente simultâneo à independência dos Estados Unidos, embora não esteja previsto em sua Constituição, tendo sido delineado por Hamilton nos *Federalist Papers* e sedimentado por ocasião do caso *Madison v. Marbury*, em que o Juiz Marshall teve extraordinário papel.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 910).

Esse precedente de *Marbury vs. Madison* tem extrema relevância para o sistema jurídico brasileiro de controle judicial dos atos de poder, em virtude da influência norte-americana na primeira Constituição Republicana de 1891¹²¹, da qual herdamos (i) o controle difuso de constitucionalidade de leis e atos, (ii) o sistema uno de jurisdição¹²² e a (iii) constituição rígida.

2.1.2 O controle judicial dos atos do Poder Público no Brasil

No período colonial do Brasil, não existiam formas de defesa satisfatórias contra atos ilegais da Administração Pública, pois a monarquia lusitana tinha caráter absoluto e o Executivo absorvia todos os poderes.¹²³

Nesse cenário, o controle da Administração pelas vias judiciais se dava, principalmente, pelo instituto de apelação extrajudicial das Ordenações Filipinas do ano de 1603, que era mera imploração do ofício do Juiz, que se interpunha de resoluções de corporações, como as Universidades, os Conselhos, os Colégios e as Confrarias, de negócios jurídicos em fraude de terceiro (Ordenações Filipinas, Livro III, Títulos 78, § 1 e 81, § 1º).¹²⁴

¹²¹ A Constituição de 1891 sofreu influência de três Constituições: a argentina, a suíça e a norte-americana, sendo esta, de longe, a que mais influenciou, o que não significa que fora uma simples cópia dela. Veja-se: LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 226-227.

¹²² Existem dois sistemas de controle jurisdicional dos atos de poder: jurisdição una e jurisdição administrativa (dúplice). No sistema de jurisdição una, há apreciação de quase todas atividades administrativas do Estado, seja no âmbito do direito público seja no âmbito do direito privado, por meio do Poder Judiciário. O sistema de jurisdição administrativa (dúplice) implica controle exercido mediante tribunais administrativos especialmente instituídos para as situações contenciosas em que seja parte a Administração. Nesse sistema, os atos administrativos não se submetem (ou em número reduzido) ao Poder Judiciário. De todo modo, em ambos sistemas, há controle jurídico dos atos da Administração. A diferença é a organização dos tribunais incumbidos de exercê-lo. (FAGUNDES, Miguel Seabra. Ob. Cit., p. 97). Interessante a observação de Celso Agrícola Barbi, para quem “tanto o sistema da unidade de jurisdição como o da dualidade justificam teoricamente sua base no princípio da separação dos Poderes, ao qual, naturalmente, dão diversa interpretação e alcance” (*Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5). Não se deve confundir contencioso administrativo (processos suscitados perante a Administração, cuja decisão não é definitiva) com jurisdição administrativa (Tribunais Administrativos apreciam as causas do contencioso administrativo, cuja decisão é definitiva). No Brasil, há contencioso administrativo (ex: CARF), mas inexistente jurisdição administrativa.

¹²³ BARBI, Celso Agrícola. Ob. Cit., p. 25. Citado por Barbi, a fala de Visconde do Uruguai asseverara que havia “um só Poder”, sendo os juizes meros delegados e instrumentos do Rei, não havendo divisão entre o Poder Judicial e Administrativo, tanto que o Rei poderia avocar as causas que pendiam de julgamento perante os juizes.

¹²⁴ Alfredo Buzaid (*Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. I, p. 26-28) e Pontes de Miranda (*Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 51, Tomo VI: ações mandamentais.) veem nas seguranças reais das Ordenações do Reino as raízes do mandado de segurança. Entretanto, mesmo nas Ordenações Filipinas, o controle judicial dos atos administrativos era deveras mitigado, em razão da absoluta supremacia do Rei e da falta de independência dos juizes. Com efeito, pelas Ordenações Filipinas, “el-rei pode tirar os Ofícios da Justiça e da Fazenda sem ser obrigado a satisfação” (Liv. I, tit. XCIX), nem todos podiam ser citados sem licença do Rei (Liv. III, tit. VIII), havia aqueles em que o Rei concedia graça de não ser demandados em determinado período de tempo (Liv. III, tit. XXVIII), e havia a “lei da boa razão” (§§ 3º, 4º, 5º e 6º), que mandava o juiz, surgindo dúvida na interpretação da lei, sustar o julgamento, até que o Rei determinasse a

Após a Independência, pelo Decreto do Imperador em 22/11/1823, inspirado no sistema francês, fora criado o Conselho de Estado, para julgamento das questões administrativas, vigorando o sistema dual de jurisdição (jurisdição administrativa) no Brasil.

Com a Proclamação da República em 1889 e a vigência da primeira Carta Magna Republicana brasileira em 1891, inspirado no sistema norte-americano, foi abolida a jurisdição administrativa, passando todas as causas de sua competência para o Poder Judiciário (sistema uno de jurisdição).

Na verdade, já a partir do estabelecimento da República em 1889, o Poder Judiciário transmutou-se de poder subalterno (antes na Monarquia) para exercer a função de mediador entre os poderes na República (o que antes era atribuído ao Poder Moderador¹²⁵), figurando o Judiciário como poder soberano¹²⁶ e apto para exercer o controle judicial sobre os atos de poder (*judicial review*), independentemente da existência de ação constitucionais específicas, pois era ínsito o poder implícito de controle.¹²⁷

Por conta disso, a Constituição de 1891 acarretou no Brasil o surgimento de um sistema jurídico híbrido¹²⁸: o “cruzamento” ocorreu entre o sistema do *common law* (norte-americano), que inspirou a nova ordem constitucional republicana brasileira, e o sistema do *civil law* (romano-germânico), do qual recepcionamos o direito privado, o direito público infraconstitucional (processual¹²⁹, administrativo e penal).

Todavia, conforme assinala Dinamarco, o direito público brasileiro (do qual faz parte o direito processual civil), não incorporou por completo o sistema romano-germânico, em razão das

correta interpretação, ou seja, o Rei (Soberano) tinha sempre a última palavra no direito, figurando como a “Suprema Magistratura”.

¹²⁵ José Reinaldo de Lima Lopes afirma que o Poder Moderador foi transferido, em parte, para o Poder Judiciário com o advento da República, seguindo o melhor estilo do direito norte-americano. (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 322)

¹²⁶ Celso Neves afirma que “não são, portanto, os meios técnicos utilizados para garantir o exercício da tutela jurídica processual que o distinguem como Poder. O que o leva a essa condição é a circunstância peculiar de exercer tutela jurídica processual quanto aos atos dos demais poderes, para assegurar as limitações constitucionais e suas atribuições.” (Mandado de Segurança, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção. *Revista Ltr*, v. 52, n. 11, nov. 1998, p. 1.316).

¹²⁷ Com efeito, malgrado a Constituição de 1891 não positivar expressamente o sistema de jurisdição uno, o que só veio a ocorrer na Constituição de 1946 com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (“a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” - art. 141, § 4º), o sistema uno de jurisdição defluía do próprio arquétipo da Constituição e do estabelecimento da República. Rui Barbosa escreveu: “A Constituição Federal de 1891 adotou, inequivocamente, o controle jurisdicional único do Poder Judiciário sobre a Administração. Jamais se levantou séria objeção em contrário. Tanto na doutrina, como na jurisprudência, o acordo se fez. Ante os arts. 59 e 60 da nova Carta Política, é impossível achar acomodação no direito brasileiro para o contencioso administrativo.” (*Comentários à Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 429)

¹²⁸ ZANETI JR, Hermes. *A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações ente processo e constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18.

¹²⁹ Especificamente sobre a influência do direito processual: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importação de modelos jurídicos, in *Temas de direito processual civil: oitava série*. São Paulo: Saraiva, p. 255-266.

diferentes bases políticas do direito público desses países¹³⁰, mormente porque aqui não há diferença de tratamento entre particulares e partes estatais, inexistindo jurisdição administrativa (sistema dúplice)¹³¹.

De fato, a doutrina do direito público no sistema do *civil law* (europeu-continental) foi construída com fulcro na estrita legalidade e na divisão (rígida e estanque) dos poderes, inclusive com a adoção da jurisdição administrativa (sistema dúplice)¹³², desconsiderando a tendencial separação por funções de governo e funções de garantia.¹³³ De outro giro, o direito norte-americano é voltado ao estudo dos casos práticos e apresenta jurisdição una, com a possibilidade do controle judicial dos atos dos demais poderes (*judicial review*).¹³⁴

¹³⁰ Dinamarco afirma, com supedâneo em lição de Galeno Lacerda em aula proferida na USP em 1978, que nosso direito público tem forte influência do sistema norte-americano. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 50)

¹³¹ A despeito de inexistir jurisdição administrativa, a Fazenda Pública, quando atua em juízo, goza de prerrogativas processuais, a exemplo do prazo em dobro, da ausência de revelia e de impugnação específica dos fatos, intimação pessoal etc. Contudo, essas prerrogativas são apenas aquelas descritas em lei, e desde que conformadas com os princípios fundamentais processuais, não se afigurando possível o magistrado conferir tratamento privilegiado e interpretação benéfica em prol da Fazenda Pública, como se existisse um princípio “*in dubio pro statum*”, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia, do qual decorre o direito à paridade de armas no processo, até porque a finalidade essencial e característica do controle judicial dos atos de poder é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública (e não o contrário). Nesse sentido, Rui Barbosa já alertava que “essa presunção de terem, de ordinário, razão contra o resto do mundo, nenhuma lei a reconhece à Fazenda, ao Governo, ao Estado.” (*Oração aos moços*. 18. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, p.76). De igual modo, obtemperou Seabra Fagundes: “Presente em juízo, a administração goza, sem dúvida, de certos privilégios, como sejam concernentes à prova da dívida ativa da Fazenda Pública, que esta faz, em seu próprio favor, pela inscrição, nos livros próprios, dos créditos contra os administrados [...] Mas é preciso atentar na extensão e sentido de tais privilégios. Têm eles explicação no caráter e finalidade impessoais do Estado, e estão estritamente discriminados na lei. As vantagens da Administração, como parte em juízo, são somente essas. Nada autoriza a fazer privilegiada e prevalectente a sua posição na lide. [...] Examinando a relação jurídica em litígio, não pode o juiz amparar, com interpretação benéfica, o interesse da administração. O indivíduo tem direito, como parte, à igualdade de tratamento na demanda.” (Ob. Cit., p. 91)

¹³² A França é o maior exemplo do sistema de jurisdição administrativa (dúplice). A Constituição francesa de 1791, logo após a Revolução de 1789, no art. 3º, dispunha que os tribunais não podiam interferir nas funções administrativas, nem chamar a juízo os administradores em virtude delas. Outros países da Europa também adotaram o sistema dúplice, tais como Finlândia, Grécia, Polônia, Suíça e Hungria.

¹³³ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoria del Diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007, pp. 865/875, v. I.

¹³⁴ Vale registrar que os princípios da supremacia do parlamento e, por conseguinte, a amplitude do princípio da estrita legalidade, apresentaram conotação distinta no sistema do *civil law* e do *common law*. No sistema do *civil law*, especialmente na França, a Revolução de 1789 objetivou enfraquecer o abuso do Rei (Executivo) e dos juízes (Judiciário), pois estes últimos eram vistos com desconfiança por conta de representar (e tentar conservar) o antigo regime absolutista, regime este combatido e extirpado pelos revolucionários. Daí a razão pela qual surge a supremacia da lei, que representaria a vontade geral do povo, cabendo aos juízes apenas figurar como “a boca da lei”, fincando-se, assim, uma rígida separação de poderes. De outro giro, quanto ao sistema do *common law*, na Revolução Gloriosa da Inglaterra em 1688, o fortalecimento do Parlamento não enfraqueceu o Judiciário, pois os juízes (que se misturavam com o Parlamento) e os legisladores uniram-se contra o poder do monarca em prol do povo, estabelecendo um direito comum (costume), o que influenciou posteriormente o sistema jurídico norte-americano, em razão da colonização pela Inglaterra. A propósito, na guerra da independência dos Estados Unidos em 1776, os revolucionários opuseram-se à tirania das autoridades legislativas inglesas, não havendo resistência ao poder dos juízes, como na França, de forma que o sistema estadunidense não se inspirou na radiação separação de poderes francesa, mas no equilíbrio entre os poderes (*checks and balance*). (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 38 e ss.)

Conforme já explanado, como a Constituição Republicana brasileira de 1891 fora inspirada no sistema *common law* norte-americano, isso acarretou três importantes consequências no sistema jurídico brasileiro: o controle difuso de constitucionalidade, a unidade de jurisdição e a constituição rígida.

No que tange ao controle difuso de constitucionalidade, o Brasil adotou o sistema norte-americano (incidental e concreto), exercido por todos os órgãos e instâncias do Judiciário¹³⁵.

Também sob influência do sistema do *common law*, foi incorporado pelo sistema jurídico nacional o sistema de unidade de jurisdição, o que significa plenitude do acesso à jurisdição (princípio da cláusula aberta do controle judicial)¹³⁶, protegendo o cidadão contra lesão ou ameaça a lesão a direito, exercendo o Poder Judiciário o monopólio sobre a jurisdição.¹³⁷

Todavia, a própria Constituição Federal ressalva esse monopólio da função jurisdicional pelo Poder Judiciário, ao atribuir ao Senado Federal, privativamente, função (atípica) jurisdicional para julgamento dos crimes de responsabilidade praticados por altas autoridades (art. 52, I e II), não se afigurando possível qualquer intervenção do Poder Judiciário sobre o juízo de mérito (político) que recai sobre a ocorrência ou não dos fatos, ou sobre a procedência ou não da acusação, limitando-se a intervenção para análise apenas de vícios formais (regularidade do procedimento à luz da Constituição e da lei).¹³⁸

Contudo, esse tema permanece controverso, não estando ainda pacificado no Plenário do Supremo Tribunal Federal, pois se encontra pendente de julgamento o MS n. 34.441 (Rel.

¹³⁵ Como *leading case*, a doutrina relata o caso do Juiz Alcides de Mendonça Lima, que ao abrir a sessão do Júri no dia 28 de março de 1896, se recusou a aplicar os artigos 65 e 66 da Lei Gaúcha n. 10, de 16 de dezembro de 1895, baixada pelo então Presidente do Rio Grande do Sul, Júlio de Castilhos, que disciplinou o júri de forma contrária ao estabelecido no art. 72, § 31º, da Constituição Federal de 1891. Na época, foi instaurado processo crime contra o jovem Juiz, o qual fora absolvido no STF, após defesa de Rui Barbosa, sob o fundamento que o Juiz poderia deixar de aplicar um ato normativo por considerá-lo inconstitucional, lançando mão do controle difuso de constitucionalidade. (NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência*. Porte Alegre: Sulina, 1993, p. 20-22, v. II). Desse episódio surgiu a figura do “crime de hermenêutica” (punir o juiz pela interpretação da lei), criada por Rui Barbosa e do qual se utilizou como tese de defesa.

¹³⁶ Art. 5º, XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Nota-se que a proteção constitucional brasileira é para qualquer lesão ou ameaça a “direito”, e não simplesmente à “lei”, diferentemente conforme prescreve o art. 111 da Constituição Italiana, *in verbis*: “Os juízes são sujeitos somente à lei”. Luigi Ferrajoli identifica o acesso à via judicial como um dos postulados do constitucionalismo garantista, referente ao princípio da “acionabilidade”. (FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti*. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico. Roma/Bari: Laterza, 2013, p. 245 e ss.)

¹³⁷ Ressalva-se que, embora o Poder Judiciário exerça o monopólio da jurisdição (salvo exceções constitucionais pontuais), a tutela de direitos no Brasil não é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário (tutela jurisdicional de direitos). O Poder Legislativo (tutela normativa de direitos) e o Poder Executivo (tutela administrativa de direitos), também prestam tutela de direito, notadamente para proteger direitos fundamentais, a exemplo dos direitos do consumidor.

¹³⁸ Nesse sentido: STF, MS 34.193, Rel. Min. Teori Zavascki, decisão monocrática em 11/05/16 (*impeachment* Dilma Rousseff), pendente de julgamento o mérito; STF, MS 21.564, Plenário, Rel. Min. Carlos Velloso (*impeachment* Fernando Collor de Melo); STF, MS n. 20.941, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (*impeachment* José Sarney).

Min. Alexandre de Moraes, com liminar indeferida), impetrado pela ex-Presidente Dilma Rousseff pretendendo a anulação de seu *impeachment* pelo Senado Federal.

Ademais, a Carta Magna exige o prévio esgotamento das instâncias desportivas, na hipótese de matéria afeita à disciplina e às competições desportivas.¹³⁹ De todo modo, essa matéria não é excluída, em definitivo, de análise pelo Poder Judiciário, havendo a necessidade apenas de esgotamento das instâncias desportivas.

Cumprе anotar, ainda, que a nossa Suprema Corte posicionava-se, de forma pacífica, pela desnecessidade de prévio requerimento administrativo para ajuizamento de ação judicial, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF).¹⁴⁰

Todavia, no ano de 2015 ocorrera uma virada de entendimento pela Suprema Corte, em que a maioria dos Ministros, seguindo o voto do Relator Ministro Roberto Barroso, firmaram a tese, em julgamento sob repercussão geral, que a concessão de benefícios previdenciários depende de prévio requerimento administrativo do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, salvo se excedido o prazo legal para sua análise, afirmando-se, ainda, que a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição.¹⁴¹ O voto do Relator ainda ofereceu uma maior extensão ao tema, ao defender que essa tese vale para pretensões de concessão original de outras vantagens jurídicas (além de benefícios previdenciários) que também dependam de uma postura ativa do interessado.¹⁴²

2.2 HISTÓRICO DO MANDADO DE SEGURANÇA

¹³⁹ Art. 217. [...] § 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

¹⁴⁰ “Condicionar a possibilidade do acesso ao Judiciário ao percurso administrativo, equivaleria a excluir a apreciação do Poder Judiciário uma possível lesão a direito individual, em ostensivo gravem à garantia do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.” (MS 23789, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 30.06.2005)

¹⁴¹ RE 631.240, j. 03.09.2014.

¹⁴² Veja a fundamentação do Relator: “Assim, se a concessão de um direito depende de requerimento, não se pode falar em lesão ou ameaça a tal direito antes mesmo da formulação do pedido administrativo. O prévio requerimento de concessão, assim, é pressuposto para que se possa acionar legitimamente o Poder Judiciário. [...] Esta é a interpretação mais adequada ao princípio da separação de Poderes. Permitir que o Judiciário conheça originariamente de pedidos cujo acolhimento, por lei, depende de requerimento à Administração significa transformar o juiz em administrador, ou a Justiça em guichê de atendimento do INSS, expressão que já se tornou corrente na matéria. O Judiciário não tem, e nem deve ter, a estrutura necessária para atender às pretensões que, de ordinário, devem ser primeiramente formuladas junto à Administração. [...] As regras acima valem para pretensões de concessão original de outras vantagens jurídicas que, embora não constituam benefícios previdenciários, também dependem de uma postura ativa do interessado: é o caso, e.g., dos pedidos de averbação de tempo de serviço.”

Celso Agrícola Barbi preleciona que os procedimentos adotados pelo processo civil brasileiro, nos primeiros tempos da República, ainda não eram suficientemente rápidos e eficazes para assegurar a proteção dos indivíduos em face do Estado, sendo que o principal defeito consistia na incapacidade dos instrumentos processuais para atender os casos em que o direito violado não pudesse ser substituído pela reparação pecuniária.¹⁴³

Isso foi a razão pela qual Rui Barbosa tentou utilizar os procedimentos possessórios, de curso rápido e suscetível de execução específica da decisão, sob o argumento de que existiria posse de direitos pessoais. Contudo, a resistência foi grande em relação a essa concepção, em razão da amplitude do conceito de posse dada por Rui Barbosa.

Por apresentação de Emenda de José Higino ao Projeto de lei que reorganizava Justiça Federal (Lei n. 221 de 20/11/1894)¹⁴⁴, fora criada a Ação Anulatória de Atos da Administração, sendo um grande passo para melhor proteção do indivíduo, já que o rito era sumário e poderia haver a suspensão da execução do ato impugnado. No entanto, na prática, essa lei não produziu os resultados esperados.¹⁴⁵

Em virtude do insucesso dessas tentativas, surgiu uma nova solução: ampliação do conceito de cabimento do *habeas corpus*, de modo a admitir o seu manejo em face de atos ilegais praticados pelo Poder Público, ainda que não se tratasse dos direitos de liberdade de locomoção, surgindo, assim, o *habeas corpus* civil. Tratava-se da doutrina do “favorabilia amplianda”¹⁴⁶ criada por Rui Barbosa e aceita pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴⁷. Contudo,

¹⁴³ Ob. Cit., p. 30. Escreveu também Barbi: “As normas do processo civil, elaboradas secularmente para solução de litígios entre particulares, não se mostraram aptas para adequada resolução dos conflitos em que a Administração, com o peso do seu poder e da sua responsabilidade, pudesse desequilibrar a balança da justiça. Daí a necessidade de instituição de formas processuais especialmente afeiçoadas para ajuizamento das demandas entre o indivíduo e a Administração.” (Ob. Cit., p. 1-2). Até porque, no aspecto político, o desenho institucional da Carta Magna de 1891 deixava muito a desejar, em virtude do excessivo centralismo do poder na figura do Presidente da 1ª República, chegando a doutrina a afirmar que “o Presidente da República era um monarca eletivo que se substituía a cada quadriênio” (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991, p. 249-252), a ponto de um diplomata inglês, Hambloch, ter escrito um texto denominado “*His Majesty, the President*”, descrevendo o sistema presidencial brasileiro como uma “monarquia eleitoral”. (HAMBLOCH, Ernest. *His Majesty. The President of Brazil. A study of constitutional Brazil*. New York: E.P. Dutton & Company, 1936)

¹⁴⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira vê nessa lei a primeira tentativa brasileira clara no sentido de garantir tutela jurisdicional ao cidadão contra o Poder Público (*Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 100)

¹⁴⁵ BARBI, Celso Agrícola, Ob. Cit., p. 31.

¹⁴⁶ “Odiosa restringenda, favorabilia amplianda”, isto é, restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável. Ver: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 247.

¹⁴⁷ Castro Mendes discorre que “as origens do mandado de segurança estão naquele memorável esforço de adaptação realizado pela jurisprudência, sob a égide do Supremo Tribunal Federal, em torno do *habeas corpus*, para não deixar sem remédio certas situações jurídicas que não encontravam no quadro das nossas ações a proteção adequada. [...] O mandado de segurança representa, portanto, o coroamento dessa evolução interrompida em 1926, pela Reforma Constitucional, que, reduzindo o *habeas corpus*, não lhe deu o sucedâneo que, mais tarde, iniciativas parlamentares e o brilhante debate que se lhes seguiu não lograram fazer triunfar.” (NUNES, José de Castro. *Do mandado de Segurança*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 15). Com a

ante a reforma constitucional de 1926, que alterou o art. 72, § 22º, da CF, fora restringindo o campo do *habeas corpus*, limitando-se o seu cabimento ao seu conceito tradicional, o que impulsionou o ambiente jurídico a criar novas soluções.

Nesse contexto propício, a primeira sugestão do instituto com feições do mandado de segurança fora dada por Alberto Torres, e publicado em sua obra *A organização Nacional* em 1914, em que criava o “mandado de garantia”, com maior amplitude, destinada a proteção de direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato do Poder Público ou privado, aplicável quando não houvesse outro remédio processual.¹⁴⁸

Finalmente, no Congresso Jurídico de 1922, o Ministro Muniz Barreto propusera a criação, no Brasil, de um instituto semelhante ao *juicio de amparo* mexicano, e com feições semelhantes ao *habeas corpus*, para proteção de direitos não amparáveis por *habeas corpus*.¹⁴⁹

Essa proposta foi levada adiante por João Mangabeira, que sugeriu à Comissão elaboradora do Anteprojeto da Constituição de 1934¹⁵⁰, a criação de um processo sumaríssimo, para proteção de direito incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal por parte de qualquer autoridade pública¹⁵¹, denominado “mandado de segurança”, no que resultou no surgimento deste instrumento processual na Constituição Federal de 1934 (art. 113, n. 33)¹⁵², o qual fora regulamentado pela Lei n. 191 de 16/01/1936 (primeira lei do mandado de segurança brasileira)¹⁵³, e posteriormente pelo Código de Processo Civil de 1939.

criação do “*habeas corpus* civil”, deu-se aqui a aplicação da doutrina do *common law*, no sentido de que os remédios precedem os direitos, logo, não há direitos sem remédios processuais que os assegurem – *ubi remedium, ibi ius*.

¹⁴⁸ NUNES, José de Castro. Ob. Cit., p. 22 e ss.

¹⁴⁹ Veja-se o Relatório do citado Ministro na Obra de Castro Nunes, Ob. Cit., p. 16/17. Nesse relatório, consta a seguinte tese: “O incremento da vida judiciária e a necessidade de solução rápida de certas situações de anormalidade, apreciáveis de plano pelos tribunais e incabíveis no remédio do *habeas corpus*, exigem a criação de um instituto processual capaz de reintegrar o direito violado [...] Do que necessitamos é de um instituto semelhante ao recurso de amparo, criado no México, com rito, porém, mais sumário, e que compreenda tanto a agressão ao direito, partida da autoridade pública, como a proveniente de ato privado.”

¹⁵⁰ Para visualizar o projeto e os trabalhos da comissão constitucional e da Assembleia Constituinte, consultar a obra de Themistócles Brandão Cavalcanti (*Do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 96).

¹⁵¹ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda afirmou que a expressão “qualquer autoridade” deu uma amplitude significativa para o instituto, que sequer o sistema norte-americano concedeu ao *writs* daquele país. (*Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936, p. 722, v. D).

¹⁵² “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 petições competentes.”

¹⁵³ O histórico do mandado de segurança pode ser compreendido no Relatório do Projeto, que resultou na Lei n. 191/36, escrito pelo Deputado Alcântara Machado (NUNES, José de Castro. Ob. Cit., p. 17-22).

A Carta Magna de 1937 (“Era Vargas” – Constituição “Polaca”) não previu o mandado de segurança como garantia constitucional¹⁵⁴, o que só veio retornado (essa garantia constitucional) com a Constituição de 1946 (art. 141, § 24)¹⁵⁵, sendo certo que, desde então, está presente em todas as Cartas Magnas.

Em 31 de dezembro de 1951, a Lei Federal n. 1.533 regulamentou o mandado de segurança, revogando expressamente os artigos do CPC então vigente, sendo alterado pontualmente por leis infraconstitucionais ao longo do tempo, que, em grande parte, restringiram o cabimento do *mandamus*.

A Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional 1/1969 mantiveram essa garantia constitucional (art. 150, § 21)¹⁵⁶.

O Código de Processo Civil de 1973 não regulamentou a matéria, continuando a vigorar a Lei Federal n. 1.533/1951.

A Constituição Federal de 1988 também manteve o instituto do mandado de segurança como direito fundamental (art. 5º, LXIX), agora ampliando o seu cabimento, com a criação do mandado de segurança coletivo.

Por fim, a Lei Federal n. 12.016/2009 regulamentou integralmente o mandado de segurança, revogando expressamente a Lei Federal n. 1.533/51¹⁵⁷. Na verdade, a Lei é nova e recente, mas a estrutura teórica é antiga, pois, em grande parte, incorporou as leis anteriores esparsas (consolidação) e as jurisprudências preponderantes do passado, sem grandes inovações¹⁵⁸,

¹⁵⁴ Com o golpe de Estado em 1937, foram criadas restrições na legislação infraconstitucional, sobretudo o Decreto n. 6, que proibiu o uso do mandado de segurança contra atos do Presidente da República, de Ministro de Estado, Governadores e interventores. Segundo magistério de Barbosa Moreira, “qual o significado político dessas mudanças? A primeira nota que desde logo emerge, permite-nos ali afirmar que é difícil a compatibilização entre um instituto como o mandado de segurança e, de modo geral, as garantias dos cidadãos, com os regimes autoritários.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Mandado de segurança: uma apresentação*. In Temas de Direito Processual: 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 196). Como se vê, em que pese a Constituição de 1937 ter excluído a ação de mandado de segurança do texto constitucional, o mandado de segurança continuou a vigorar como remédio infraconstitucional, contudo, com as restrições acima.

¹⁵⁵ “Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

¹⁵⁶ “Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

¹⁵⁷ Arnoldo Wald, Relator do Anteprojeto da Lei de Mandado de Segurança, apontou a simplicidade, eficiência e celeridade no julgamento, como as diretrizes que a Comissão pretendeu dar à nova Lei do Mandado de Segurança: “As finalidades da lei vigente foram a modernização e a simplificação do mandado de segurança, que tinha sofrido uma banalização, sendo quase transformado em ação ordinária e passando a ter demora, no seu julgamento, análoga ou um pouco menor que os demais feitos. Era preciso devolver ao mandado a agilidade de verdadeiro comando de medida de execução imediata contra a Administração, que era historicamente assemelhado ao *habeas corpus*, sem as dificuldades prática de andamento que caracterizam os outros processos judiciais. Simplicidade, eficiência, rapidez no julgamento, foram as diretrizes que a Comissão pretendeu dar à nova legislação.” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 162)

¹⁵⁸ ZANETI Jr, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 40.

sendo que o anteprojeto da Lei em voga é datado de 1996¹⁵⁹, sem sofrer grandes alterações até a promulgação da Lei em 2009.

3. ASPECTOS GERAIS DO MANDADO DE SEGURANÇA

3.1 PERFIL CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança figura como garantia fundamental do cidadão e da coletividade, conforme previsão expressa no art. 5º, LXIX, da CF, tratando-se de um remédio constitucional.¹⁶⁰

O Título II da Carta Republicana, onde se insere o mandado de segurança, dispõe acerca dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos.

Rui Barbosa, interpretando a Constituição de 1891, procedeu à distinção entre os direitos e as garantias fundamentais, afirmando que “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

¹⁵⁹ O Ministro da Justiça, em 1996, nomeou uma Comissão de Juristas para elaborar o anteprojeto da nova lei de mandado de segurança, bem como de outras ações constitucionais, compostas pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Álvaro Villaça Azevedo, Antônio Janyr Dall’Agnol Jr, Arnaldo Wald, Caio Tácito, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes, Luiz Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas e Ruy Rosado Aguiar. Especificamente no anteprojeto da lei de mandado de segurança, fora Relator o Professor Arnaldo Wald e Revisor o Ministro Carlos Alberto Direito. Após a finalização dos estudos da Comissão, o anteprojeto fora encaminhado ao Congresso Nacional em 07 de agosto de 2001 pelo Advogado-Geral da União, e transformado no Projeto de Lei n. 5.067/2001, o qual fora aprovado pela Câmara Federal com apenas três emendas de redação apresentadas pelo Relator, deputado Antônio Carlos Biscaia: i) complemento do texto do art. 6º, § 4º, determinando a observância do prazo decadencial na hipótese de emenda à inicial; ii) o descumprimento de ordem judicial caracteriza crime de desobediência (art. 26); iii) inversão de ordem entre os arts. 28 e 29. No Senado Federal, o aludido projeto fora aprovado integralmente no ano de 2009, sem modificações. Enviado à Presidência da República, o Projeto de Lei fora sancionado naquele mesmo ano, convertendo-se na Lei Federal n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, com apenas dois vetos: i) art. 5º, parágrafo único: prazo decadencial de 120 dias contra omissão de autoridade, após a sua notificação; ii) art. 6º, § 4º: fixava prazo para o impetrante emendar a inicial em caso de arguição de ilegitimidade passiva pela autoridade coatora.

¹⁶⁰ Pérez Luño diz que “os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Os direitos fundamentais assinalam um horizonte de metas sociopolíticas a alcançar, quando estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado, ou entre si.” (*Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madri: Tecnos, 1988, p. 310). Ingo Sarlet escreve que “é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade de poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas, que por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 323). Ingo Sarlet também aponta o regime jurídico constitucional peculiar dos direitos fundamentais: (i) aplicabilidade direta e imediata (art. 5º, § 1); (ii) abertura material (art. 5º, § 2º); (iii) proteção contra a abolição ou supressão (art. 60, § 4º, IV).

garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.”¹⁶¹

Portanto, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional (v.g., direito à honra da pessoa – art. 5º, X, CF), enquanto as garantias são os meios constitucionais através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (v.g., garantia da resposta, art. 5º, V, CF).

No quadro das garantias (gênero), inserem-se os remédios constitucionais (espécie), que, na definição de José Afonso da Silva¹⁶², são meios de proteção dos direitos fundamentais, porque visam sanar, corrigir as ilegalidades e o abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais, a exemplo do mandado de segurança, do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de injunção, da ação popular etc. Contudo, como visto, se é certo que todo remédio constitucional é uma garantia constitucional, nem toda garantia constitucional é um remédio constitucional, pois poderá a garantia se inserir na própria norma que assegura o direito.¹⁶³

O mandado de segurança fora criado como instrumento judicial para controle de atos de poder, para assegurar ao cidadão, entre outros, especialmente os direitos fundamentais de propriedade (art. 5º, XXII, CF) e de liberdade perante a lei (princípio da legalidade – art. 5º, II, CF), decorrendo o dever de a Administração Pública observar o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), sob pena de ilegalidade.¹⁶⁴

Por essa razão, historicamente, enquadra-se o mandado de segurança como garantia fundamental de “primeira dimensão”, que são aqueles direitos concebidos em prol do indivíduo em face do Estado (direitos de defesa), frutos do Estado Liberal Burguês do século XVIII, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face desse poder.¹⁶⁵ Em outras palavras: os direitos de “primeira dimensão”

¹⁶¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 185. Sobre o conceito atual de garantia proposto na doutrina de Luigi Ferrajoli, consultar: FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Teoria del diritto. Roma/Bari: Laterza, 2007, p.p. 194-198, 668-701 e 874-879.

¹⁶² Ob. Cit., p. 440. Ferreira Filho escreve que “a expressão ‘remédios constitucionais’ designa os direitos-garantia que servem de instrumento para a efetivação da tutela, ou proteção, dos direitos fundamentais”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 145)

¹⁶³ Por exemplo, a Constituição assegura, em seu art. 5º, VI, que é inviolável a liberdade de consciência e de crença (direito), sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (garantia).

¹⁶⁴ “O mandado de segurança é, assim, o instrumento harmonioso e aperfeiçoado que garante a liberdade individual, a dignidade humana e a intangibilidade das conquistas da Civilização contra o arbítrio do poder governamental. [...]. O Estado de Direito somente existe quando garante a efetiva proteção aos direitos individuais, coletivos e sociais, com o manejo de instrumentos hábeis e adequados para a persecução da finalidade colimada.” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 175)

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 314.

apresentam natureza “negativa” (dever de abstenção por parte do Estado), revelando-se “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”¹⁶⁶. O valor principal é a liberdade, e se insere nessa dimensão os direitos civis (v.g., vida, propriedade, liberdade) e os direitos políticos (v.g., direito à voto).

Contudo, em virtude de transformação do Estado Liberal de Direito para o Estado Democrático Constitucional (Estado Pós-Social¹⁶⁷), em que o Poder Judiciário assume um novo papel perante à sociedade, notadamente com a função de garantir os direitos fundamentais do cidadão a despeito de omissão legal (art. 5º, § 1º, CF), o mandado de segurança também se mostra um instrumento hábil para assegurar os direitos fundamentais de “segunda dimensão”, que são aqueles direitos em que o indivíduo pode exigir uma prestação positiva por parte do Estado, frutos do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) do século XIX. Em outras palavras: os direitos de “segunda dimensão” apresentam natureza “positiva” (dever de prestação por parte do Estado). O valor principal é a igualdade, e se insere nessa dimensão os direitos econômicos (v.g., direito de greve dos trabalhadores), sociais (v.g., direito à saúde)¹⁶⁸ e os direitos culturais (v.g., v.g., respeito à diversidade étnica regional).

Firmada a premissa de que a ação de mandado de segurança é uma garantia fundamental, isso implica dizer que, além desta garantia não ser suscetível de eliminação pelo ordenamento jurídico, por ser uma cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF), exige-se do intérprete que lhe imprima o mais amplo alcance, já que, por se tratar o de um direito fundamental, segundo o princípio da máxima efetividade, citado por Canotilho¹⁶⁹, em caso de dúvida, deve-se adotar a interpretação que dê mais efetividade ao direito fundamental. Nesse mesmo sentido, Jorge

¹⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 517. Bonavides inclui nos direitos fundamentais de “primeira dimensão” algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição).

¹⁶⁷ Superando os Estados Liberal e Social, o Estado Democrático Constitucional (Pós-Social) é um modelo de Estado caracterizado pela supremacia do direito escrito na Constituição, estabelecido de forma rígida (para efeito de alteração), e que assegura os direitos fundamentais e o valor participação (democracia) na formação e nos processos discursivos das decisões estatais. Agrega assim o Estado Democrático Constitucional a quarta dimensão dos direitos fundamentais, que refere-se o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. (BONAVIDES, Paulo. Ob. Cit., p. 571).

¹⁶⁸ Logo, não restam dúvidas de que a ação de mandado de segurança revela-se adequada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle em políticas públicas. Para o aprofundamento sobre o tema de controle judicial de políticas públicas, consultar: FREIRE JR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁶⁹ “É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 227).

Miranda afirma que “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê”.¹⁷⁰

Discorrendo sobre essa característica do mandado de segurança (direito fundamental) e suas consequências no plano processual, eis o escólio de José Renato Nalini:

O mandado de segurança é um direito fundamental. Essa concepção precisa nortear o juiz quando estiver diante de invocação ao mandado de segurança. Não é mera ferramenta processual ou procedimental, senão um dos alicerces do Estado de Direito de índole democrática instaurado no Brasil a partir de 05.10.1988. Toda a cautela, portanto, ao submeter o *writ* ao burocrático formalismo estiolante, que é causa manifesta – embora tenha consistente defesa de mentalidade ainda imbuída de ranço – de negação da justiça do país. [...]. Os casos de não cabimento do mandado de segurança previstos no art. 5º da lei constituem restrição a um direito fundamental que não poderiam ser previstos sequer em emenda à Constituição, em virtude da cláusula pétreia. [...]. Incumbe ao juiz concretizar as promessas do constituinte ou neutralizá-las. Toda lei reclama interpretação e também a nova lei do mandado de segurança merece a leitura mais adequada à efetivação das garantias constitucionais. Sem isso, ela poderá se transformar em outra promessa descumprida, tantas e tão reiteradas são as tentativas de se modernizar um instituto cujo resultado é a frustração das expectativas.¹⁷¹

Semelhantemente, Celso Agrícola Barbi sentencia: “é de fundamental importância não esquecer que o mandado de segurança é uma garantia processual assegurada diretamente pela Constituição, no art. 5º, item LXIX. A fonte de onde ele promana não permite que a lei ordinária restrinja o seu alcance. Essa lei deve ser regulamentadora do seu uso e não pode ser restringidora dele.”¹⁷²

Nesse mesmo rumo de pensamento, Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹⁷³ escrevem que a garantia constitucional do mandado de segurança exige do Estado proteção maximizada, impondo-lhe o dever de: (a) criar leis que regulamentem seu procedimento de modo a torná-lo célere, acessível (subjéctiva e objetivamente)¹⁷⁴ e eficaz; (b) conferir ao Poder Judiciário

¹⁷⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 260, tomo II (Constituição e Inconstitucionalidade). De igual forma, sentencia Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Significa isto que, havendo dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme o caso, restrinja menos o direito fundamental, dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfaça-o em maior grau.” (O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2002, n. 26, p. 653-664)

¹⁷¹ NALINI, José Renato. O juiz brasileiro e a Nova Lei do Mandado de Segurança. In: ALVIM, Eduardo Arruda (coord.). *O novo mandado de segurança: estudos sobre a Lei n. 12.016/2009*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 404, 407 e 417.

¹⁷² BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 104.

¹⁷³ Ob. Cit., p. 351.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, Ob. Cit., p. 351: “O acesso subjéctivo, indicado no texto, aponta para a necessidade de conceber instrumentos que habilitem todas as pessoas a valerem-se do mandado de segurança. Obstáculos como os custos do processo, as despesas advocatícias, bem como os gastos com a instrução ou com os recursos processuais não podem tolher a todas as pessoas o acesso ao mandado de segurança. Por outro lado, a acessibilidade objetiva exige que qualquer situação que se amolde à

interpretação aos dispositivos da matéria que seja sempre mais favorável ao cabimento e efetivação deste instrumento.

Dessarte, por se cuidar o mandado de segurança de direito fundamental expressamente previsto no art. 5º da Carta Magna, qualquer restrição legal ou judicial ao mandado de segurança deve ser compreendida como restrição a um direito fundamental, e, como tal, deve ser justificada constitucionalmente com supedâneo em outro direito fundamental de mesmo (ou maior) peso¹⁷⁵, desde que resguardado, sempre, o núcleo intangível da ação mandamental (teoria do limite dos limites)¹⁷⁶.

3.2 DA TUTELA MANDAMENTAL

Conforme já explanado, a finalidade do processo é prestar tutela de direitos de forma efetiva, adequada e tempestiva, por meio de um processo justo.

Especificamente acerca da efetividade, Mauro Cappelletti, ao concluir seu estudo sobre os problemas reais relativos à tutela dos direitos coletivos no Congresso realizado em Pávia em 1974, sobre o tema “As ações para a tutela dos interesses difusos”, já salientava a ineficiência da tutela essencialmente repressiva, ressarcitória e de cunho pecuniária, argumentando que “se impõe, aqui, a necessidade de formas mais variadas e eficazes de provimentos judiciais –

hipótese descrita no Texto Constitucional (afirmação de lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparada por *habeas corpus* ou *habeas data*, por ato de autoridade) deve autorizar a impetração do mandado de segurança. Em razão disso, por exemplo, regras como o ônus da prova ou a suficiência do convencimento podem exigir interpretação distinta frente ao mandado de segurança, sob pena de se negar o acesso ao mandado de segurança para certos tipos de pretensão.”

¹⁷⁵ “[...] os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. [...] em qualquer caso, uma restrição de direito fundamental exige, seja direta, seja indiretamente, um fundamento constitucional.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 386).

¹⁷⁶ Sobre a teoria do “limite dos limites”, preleciona Gilmar Mendes: “Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou ‘limites dos limites’ (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quando à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.[...] De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 349-350.)

inibitórios e ordinatórios, *injunctio* e *mandamus* –, principalmente de caráter preventivo, e com fortes e adequadas sanções, eventualmente penais, para o caso de inobservância.”¹⁷⁷

Dentro desse contexto, estudaremos as pluralidades de eficácias sentenciais (tutelas), dentre as quais se situa a tutela mandamental, aplicável à ação de mandado de segurança.

São duas as principais correntes doutrinárias quanto às eficácias da sentença. A corrente trinária (tríplice), de origem da doutrina europeia continental, que entende pela existência de apenas três eficácias sentenciais, quais sejam, declaratória, constitutiva e condenatória¹⁷⁸, e a doutrina quinária, de Pontes de Miranda, que agrega a essas três tradicionais eficácias (declaratória, constitutiva e condenatória), mais duas classes, a saber, a executiva *lato sensu* e a mandamental.¹⁷⁹

Filiamo-nos à corrente quinária de Pontes de Miranda, razão pela qual tecemos alguns comentários a respeito.¹⁸⁰

Essa classificação quinária de Pontes de Miranda revolucionou a visão do jurista na primeira metade do século XX, já que, até o final do século XIX, apenas eram conhecidas as eficácias sentenciais declaratórias e condenatórias, e, só a partir de então, surgiu a eficácia constitutiva¹⁸¹ nessa classificação.

¹⁷⁷ *Le azione a tutela di interessi collettivi*: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: CEDAM, 1976, p. 207. No Brasil, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também defende a superação da tutela meramente sancionatória: “Daí, igualmente, a preferência cada vez maior emprestada aos remédios jurisdicionais, mesmo os de natureza definitiva, não só tendentes a reconduzir a situação litigiosa ao *status quo ante*, isto é, que atuem após a lesão, mas especialmente em relação aos que permitam evitar o aparecimento do dano.” (A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto (org.). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 88)

¹⁷⁸ Particularmente em relação ao mandado de segurança, filia-se a essa corrente Celso Agrícola Barbi, o qual rejeita a possibilidade de existência de sentença mandamental, ao argumento de que toda vez que a ação tiver em vista a abstenção ou a prática de um ato, ter-se-á a sentença condenatória a praticar esse ato; se o vício for passível de nulidade, tratar-se-á de sentença declaratória, ao passo que, se o vício for passível de anulabilidade, tratar-se-á de sentença constitutiva, de forma que é desnecessária nova classificação que inclua a sentença mandamental. (Ob. Cit., p. 219-220)

¹⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 117, Tomo VI: ações mandamentais. Segundo Barbosa Moreira, em princípio, a expressão “sentença mandamental” foi utilizada pela primeira vez por Pontes de Miranda nos “Comentários ao Código de Processo Civil de 1939”. Para aprofundamento: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 17, 2. Sem. 1999, p. 347.

¹⁸⁰ Entre os renomados autores brasileiros que admitem a existência da sentença mandamental, além de José Carlos Barbosa Moreira (Ob. cit.), cite-se: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 1993, v. II; GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 333, p. 11; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de defesa dos consumidores*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 651.

¹⁸¹ De acordo com Clóvis do Couto e Silva (A teoria das ações em Pontes de Miranda. *Ajuris*. Porto Alegre, n. 15, n. 43, p. 70, jul. 1998), o responsável pela criação da eficácia sentencial constitutiva seria Shrutka von Rechtenstamm, em artigo publicado na “Grünhut Zeitschrift”, tomo 16, 1889, p. 17.

Em 1914, Georg Kuttner mencionou, pela primeira vez, a existência de ações mandamentais¹⁸², contudo, o conceito elaborado por Pontes de Miranda é mais amplo, porquanto permite que a ordem seja proferida para cumprimento por particulares e contra a parte, enquanto que a obra de Kuttner a ordem só poderia atingir a terceiros.¹⁸³

Consoante magistério de Pontes de Miranda, “ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda ao que o juízo manda.”¹⁸⁴

Na criação da sentença mandamental, o método utilizado por Pontes de Miranda não foi o da classificação pelo gênero e espécie (do que se “buscava no processo” – perspectiva externa)¹⁸⁵, mas, sim, pela análise da eficácia teleológica da sentença (do que se “obtinha no processo” – perspectiva interna).¹⁸⁶

Para Pontes de Miranda, todas as sentenças possuem, em maior ou menor grau, os elementos característicos de todas as espécies do gênero, ou seja, há uma pluralidade de eficácias, em uma “constante” de valor igual a quinze (teoria da constante quinze).

Desse modo, vê-se que a classificação quinária obedece ao critério de preponderância.¹⁸⁷

Classifica-se como mandamental, a sentença preponderantemente mandamental; como condenatória, a sentença preponderantemente condenatória, e assim por diante.

Nesse quadro, segundo lição de Pontes de Miranda, a sentença mandamental teria eficácia mandamental em grau 5, eficácia declaratória em grau 4, eficácia constitutiva com grau 3, eficácia condenatória com grau 2 e executiva com grau 1.¹⁸⁸

Antes de prosseguirmos, impõe-se levar a cabo uma breve conceituação dessas cinco classes de eficácias elaboradas por Pontes de Miranda, valendo-nos, para tanto, do escólio de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.¹⁸⁹

¹⁸² KUTTNER, Georg. *Die Urteilstwirkungen außerhalb des Zivilprozesses*. München, 1914, p. 22, *apud* Clóvis do Couto e Silva, *Ob. Cit.*, p. 73.

¹⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ob. Cit.*, p. 346. Malgrado a expressão de origem europeia, Barbosa Moreira lembra que a menção de sentença mandamental na doutrina da Europa continental é de pouco conhecimento, persistindo ainda a classificação tríplice.

¹⁸⁴ *Ob. Cit.*, p. 3.

¹⁸⁵ A classificação se dava pelo binômio gênero (ação) e espécie (declaratória, condenatória e constitutiva).

¹⁸⁶ *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, § 25, Tomo I.

¹⁸⁷ “O que nos cumpre é vermos o que as enche, mostrarmos o que nelas prepondera e lhes dá lugar numa das cinco classes, e o que vem, dentro delas, em espectração de efeitos.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Ob. Cit.*, p. 117)

¹⁸⁸ *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 11, Tomo VI: ações mandamentais. Barbosa Moreira tece críticas à validade geral da teoria “constante quinze” (embora concorde com a classificação quinária), ao argumento de que no mandado de segurança, pela inovação trazida pela Lei n. 5.021/66, afigura-se possível a condenação do Poder Público ao pagamento de vantagens atrasadas desde o ajuizamento da inicial, o que revela, sem sombras de dúvidas, uma providência de natureza condenatória (*Ob. Cit.*, p. 209)

¹⁸⁹ *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140.

A tutela declaratória (“declarar”) tem por finalidade certificar a existência de determinada relação jurídica, emprestando-lhe certeza (art. 19, I e II, CPC). Nela predomina a norma segurança, sendo que a sentença é auto-satisfativa.

A tutela constitutiva (“constituir”) tem por finalidade satisfazer os direitos potestativos. Nela predomina a norma segurança, sendo que a sentença é auto-satisfativa.

A tutela condenatória (“condenar”) tem por finalidade satisfazer a obrigação de pagar (art. 513, CPC). Nela predomina a norma de segurança. Como a sentença não é auto-satisfativa, a realização prática da sentença depende de requerimento de parte, inaugurando uma nova fase procedimental (cumprimento de sentença), e se dá pela tradicional técnica dos meios de sub-rogação (execução forçada), além dos meios de coerção (art. 139, IV, do CPC).

A tutela mandamental (“mandar”) tem por finalidade satisfazer as obrigações de fazer e não fazer e os deveres de abstenção (art. 497 do CPC). Como a sentença não é auto-satisfativa, a realização prática da sentença se dá de ofício e sem inaugurar uma nova fase procedimental, pela técnica processual dos meios de coerção (art. 139, IV, do CPC), notadamente a multa diária (*astraint*). Prevalece a norma efetividade.

A tutela executiva *lato sensu* (“executar”) tem por finalidade satisfazer as obrigações de dar e os deveres de restituir (art. 498, CPC). Nela predomina a norma efetividade. Como a sentença não é auto-satisfativa, a realização prática da sentença se dá de ofício e sem inaugurar uma nova fase procedimental, pela técnica processual de sub-rogação (art. 538 do CPC), o que não impede, segundo o Código de Processo Civil, a técnica de coerção (art. 139, IV, do CPC).

Firme em tais lições acerca da cinco eficácias sentenciárias¹⁹⁰, observa-se que a eficácia mandamental se distingue da eficácia condenatória, pois o juiz “manda” (não “condena”) e

¹⁹⁰ Luiz Guilherme Marinoni discorda do entendimento de Pontes de Miranda, por entender que as variadas formas de sentença não representam tutela jurisdicional, mas, sim, técnica processual. Para tanto, valendo-se do magistério da italiana Cristina Rapisarda, a qual sustenta que eficácia jurisdicional equivale à eficácia material, Marinoni assevera que as formas de tutela pertencem ao plano do direito material, malgrado não equivalham aos direitos. Por outro lado, no plano do direito processual, há técnicas (por exemplo, técnica antecipatória, sentença mandamental). Afirma que, como as formas de tutela dizem respeito ao direito material, não se deve perquirir a questão se o processo é idôneo para dar efetividade aos direitos, pois isso cabe às variadas “técnicas processuais”. Assim, assevera que as formas de tutela estão em um local mais avançado: é preciso partir de direitos (direito material), para encontrar as formas capazes de atendê-las (formas de tutela de direito), e estruturar o processo de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material (técnica processual). Nesse raciocínio, e observando a trajetória de agressão dos direitos, explana que existem as seguintes formas de tutela de direito: i) tutela inibitória: objetiva impedir ou inibir a violação do direito, a sua repetição ou a continuação de uma atividade ilícita. Inexiste dano. Há apenas probabilidade (ameaça) da prática de ato contrário ao direito (ato antijurídico). Independe de dolo ou culpa; ii) tutela de remoção do ilícito: visa eliminar a fonte do dano, e não apenas remediar o dano. Inexiste dano. Há apenas a prática (não mera probabilidade) de ato contrário ao direito. Independe de dolo ou culpa. iii) tutela ressarcitória na forma específica: objetiva estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse sido produzido (reparação *in natura*). Pressupõe dano. Em regra, responsabilidade subjetiva. iv) tutela ressarcitória pelo equivalente: visa dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial ou o valor equivalente para a reparação do dano. Pressupõe dano. Responsabilidade, em regra, subjetiva. Apenas quando o ressarcimento na

executa de ofício a ordem, realizando *in natura* o direito pleiteado¹⁹¹, de forma que inexistente execução *ex intervallo* (nova fase procedimental) e pedido da parte para executar a medida, imprimindo o juiz as medidas coercitivas sob a vontade do réu¹⁹², pressionando-o a obedecer a ordem, não se tratando, pois, assim, de sub-rogação (o juiz não pratica os atos da parte).¹⁹³

Distingue-se a eficácia mandamental da eficácia executiva *lato sensu*, pois, embora ambas resultem na alteração do mundo fático, sem necessidade de execução *ex intervallo*, a eficácia mandamental provê ato originário do estado mediante a técnica de coerção (v.g., mandado de segurança), enquanto a eficácia executiva redundando em substituição do juiz (sub-rogação) para realizar ato originalmente privado (v.g., ação de reintegração de posse).¹⁹⁴ Em outras palavras: a sentença mandamental atua sobre a vontade do réu (por meio de medidas de coerção, por exemplo, a multa), enquanto a sentença executiva atua para substituir a vontade do réu (por meio de medidas de sub-rogação, por exemplo, busca e apreensão).

Por fim, distingue-se da eficácia declaratória e constitutiva, pois o juiz manda, e não apenas “declara” ou “constitui”.

forma específica for impossível ou configurar forma excessivamente onerosa é que o ressarcimento deverá ser pelo equivalente monetário. v) tutela declaratória: materializada pela sentença declaratória. vi) tutela constitutiva: materializada pela sentença constitutiva. Por isso Marinoni rejeita a existência de tutela mandamental, condenatória etc., e prefere falar em tutela inibitória, ressarcitória etc, de modo que as sentenças mandamental, condenatória e executiva *lato sensu*, consistiriam em técnica processual, e não forma de tutela jurisdicional, ao argumento de que, no plano de direito material, a pessoa tem pretensão ressarcitória, e não condenatória, pois essa sentença não é capaz de proporcionar, no mundo fático, a sua pretensão (o ressarcimento). Afirma, ainda, que a sentença mandamental (técnica processual) pode prestar tutela inibitória ou tutela ressarcitória na forma específica.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 291-322, v. I). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira rebate a tese de Maronini, argumentando de que “as formas de tutela não podem, portanto, ser consideradas meras técnicas, pois constituem exercício do próprio direito, enquanto positividade de poder do Estado” (Ob. Cit., p. 91/92), entendimento este do qual comungamos.

¹⁹¹ A realização *in natura* do direito pleiteado é a valiosa característica da sentença mandamental. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 101)

¹⁹² “A tutela mandamental encontra seu específico campo de aplicação quando se trata de agir sobre a vontade da parte demandada e não sobre seu patrimônio; distingue-se, assim, por esse aspecto essencial, tanto da tutela condenatória quanto da tutela executiva *lato sensu*.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Ob. Cit., p. 183)

¹⁹³ “Não obstante a ordem nela contida, todavia, é necessário que o destinatário a cumpra a fim de que se obtenha esse resultado *in natura*. Se ele resistir será necessário valer-se dos mecanismos destinados a efetivá-la coercitivamente. Aqui está, pois, o traço distintivo dessa espécie de sentença. A técnica destinada a efetivá-la não é a prática de atos materiais de sub-rogação, mesmo porque a natureza do direito material não os comporta.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 515)

¹⁹⁴ SILVA, Ovídio Baptista. Eficácia da sentença e coisa julgada. *In: Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 107. De outro giro, quadra ressaltar que pode ocorrer que a técnica de aplicação de multa (execução por coerção) da sentença mandamental não seja suficiente para compelir o devedor a cumprir a ordem judicial, de forma que o juiz deverá se valer de medidas de sub-rogação, a exemplo de “remoção de pessoas e coisas”, conforme prescreve o art. 536, § 1º do CPC.

A ação de mandado de segurança apresenta a eficácia sentencial mandamental por excelência.¹⁹⁵ Contudo, o mandado de segurança não é a única hipótese de eficácia sentencial mandamental, pois esta abarca, genericamente, quaisquer obrigações de fazer e não fazer, a exemplo da norma aberta do art. 497 do NCPC (art. 461 do CPC de 1973).¹⁹⁶ Logo, depreende-se que a eficácia mandamental não se restringe à autoridade pública como destinatária da ordem, mas também tem como destinatário o particular¹⁹⁷, conforme prescrição dos arts. 83 e 94 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078/90).

Quadra consignar, ademais, que a forma de tutela (eficácia sentencial) solicitada pela parte autora não deve ser interpretada, exclusivamente, com base na apresentação de seu “pedido” ou do rótulo da exordial, mas deflui de toda a argumentação exposta no corpo da causa de pedir, uma vez que a “interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.” (art. 322, § 2º, CPC)¹⁹⁸

3.3 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do mandado de segurança consiste em uma ação constitucional de cognição civil (fase de conhecimento), sob rito sumário especial¹⁹⁹, sendo sepultada a posição no sentido de que se trata de ação executória. Cuida-se de um remédio constitucional. Independentemente da natureza do ato impugnado (civil, penal, eleitoral, trabalhista, militar

¹⁹⁵ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de defesa dos consumidores*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 651; SILVA, Ovídio Baptista. Eficácia da sentença e coisa julgada. In: *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 269.

¹⁹⁶ Nesse sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Ob. Cit., p. 140; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela antecipada. Tutelas sumárias e de urgência*: tentativa de sistematização. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 104; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer. In Sálvio Figueiredo Teixeira (coord.), *A reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, p. 39.

¹⁹⁷ Nesse diapasão, escreve Ovídio Baptista: “Antes de encerrar esta breve exposição a respeito do conceito de ação mandamental, é oportuno advertir que as fronteiras da mandamentalidade não mais se limitam, como supunham seus primeiros teóricos, a ordens dirigidas a órgão e servidores do Estado, mas, ao contrário, tanto podem ter uma autoridade quanto um particular como destinatários da ordem sentencial.” (Ob. Cit., p. 269)

¹⁹⁸ “Nesse quadro, o nome da forma de tutela requerida pelo autor mostra-se secundário; muito mais importante é o fato motivador do direito de agir e o que realmente pretende a parte, para além do invólucro exterior da pretensão processual exercida.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Ob. Cit., p. 143)

¹⁹⁹ O mandado de segurança é uma espécie de procedimento especial, em virtude da forma como o direito material é apresentada em juízo (“direito líquido e certo”), o que demanda prova pré-constituída, de modo que, em razão da falta ou da insuficiência das provas (exceto a prova documentada), impede-se que a questão seja decidida definitivamente, remetendo-se as partes para às “vias ordinárias” (técnica de cognição *secundum eventum probationis*). A lado disso, há sumariedade procedimental, com encurtamento substancial dos atos processuais, de forma que o rito procedimental do mandado de segurança é totalmente distinto do procedimento comum, a ponto de sequer existir contestação por parte da autoridade coatora, mas apenas informações.

etc.), o mandado de segurança será sempre processado e julgado como ação civil, porém, na respectiva justiça competente.²⁰⁰

Partindo do pressuposto que adotamos a classificação quinária da eficácia sentencial de Pontes de Miranda (declaração, constituição, condenação, mandamento e execução *lato sensu*), e de que todas as sentenças possuem, em maior ou menor grau, os elementos característicos de todas as espécies, ou seja, há uma pluralidade de eficácias (critério de preponderância), conclui-se que a ação de mandado de segurança apresenta, preponderantemente, eficácia sentencial mandamental²⁰¹, pois o juiz “manda” e executa de ofício a ordem, realizando *in natura* o direito pleiteado (v.g., determina ao Delegado da Receita Federal a emissão de certidão negativa de débito), de forma que inexistente execução *ex intervallo* (nova fase procedimental) e pedido da parte para executar a medida, imprimindo o juiz medidas coercitivas sob a vontade do réu, pressionando-o a obedecer a ordem, não se tratando, pois, assim, de sub-rogação (o juiz não pratica os atos da parte).

A despeito da preponderância da eficácia mandamental, a sentença de mandado de segurança também pode revelar, no caso concreto, eficácia declaratória (v.g., declarar a inexistência de relação jurídico-tributária), eficácia constitutiva (v.g., anular o auto de infração), eficácia condenatória (v.g., condenar ao pagamento das parcelas vencidas após o ajuizamento da ação) e eficácia executiva *lato sensu* (v.g., entregar a mercadoria ilegalmente apreendida).²⁰²

Na verdade, o mandado de segurança se distingue da ação sob o procedimento comum em razão da especialidade de seu procedimento, que é diferenciado, abreviado e impossibilita dilação probatória, e não por conta do direito material em discussão.²⁰³

²⁰⁰ MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 31.

²⁰¹ A ação de mandado de segurança representa a eficácia sentencial mandamental por excelência. (WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa dos Consumidores*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 651; SILVA, Ovídio Baptista. Eficácia da sentença e coisa julgada. In: *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995, p. 269)

²⁰² Nessa mesma linha de raciocínio, embora não seja adepto à classificação quinária, escreve Celso Agrícola Barbi: “A nosso ver, o mandado de segurança não pode, como figura geral, ser classificado, ‘com exclusividade’, em qualquer dos três tipos de ação que se caracterizam pela natureza da ‘sentença’ pleiteada. Em cada caso concreto é que se poderá dizer se ação ajuizada é condenatória, constitutiva ou declaratória. O que se pode afirmar, com base apenas na observação do movimento forense, é a predominância dos casos em que a ação tem caráter constitutivo.” (Ob. Cit., p. 46).

²⁰³ Por exemplo, o pedido de declaração de inconstitucionalidade de um tributo, com a consequente suspensão de exigibilidade de sua cobrança e emissão de certidão negativa de débito, pode ser manejado em mandado de segurança ou em ação sob procedimento comum, de forma que o direito material em jogo é irrelevante para definir o tipo de ação. O que é relevante, na hipótese, é examinar o tipo de prova necessária para comprovação dos fatos (mandado de segurança apenas permite prova documentada), bem como se há pretensão de repetição de indébito (restituição) de parcelas anteriores ao ajuizamento da ação (mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança).

A ação de mandado de segurança atende ao objetivo do processo: prestar tutela de direito de forma efetiva, adequada e tempestiva, mediante processo justo.

Com efeito, o mandado de segurança é um instrumento processual hábil para prestar tutela efetiva, mormente porque a sentença produz eficácia imediatamente (o recurso de apelação não é dotado de efeito suspensivo) e a tutela de direito é prestada na forma mandamental (dispensa-se execução) e específica (*in natura*, e não pelo equivalente em dinheiro).

Igualmente, o mandado de segurança é um meio processual apto para prestar tutela adequada, visto que municia o cidadão e a coletividade de técnicas processuais adequadas ao direito material em jogo (controle judicial de atos do poder público), equilibrando processualmente essa relação entre indivíduo e o Estado que historicamente é tão desigual.

De igual forma, o mandado de segurança materializa a tutela tempestiva, porquanto é bastante reduzida a prática de atos processuais (não há contestação no prazo de 30 dias, mas sim meras informações no prazo de 10 dias; inexistente réplica; é descabida a intervenção de terceiros; inexistente instrução probatória e alegações finais; há prioridade legal para julgamento), de modo a possibilitar a prolação de sentença e de acórdãos (com a conseqüente entrega do bem jurídico postulado) em prazo rápido, se comparado com o tempo do procedimento comum.

Por fim, o mandado de segurança contém o perfil mínimo de um processo justo, pois se afigura possível a colaboração do juiz para com as partes (princípio da cooperação), a participação das partes em pé de igualdade e com paridade de armas (igualdade substancial), em contraditório e com ampla defesa, com limitação (justificável constitucionalmente) ao direito à prova para ambas as partes (o que não impede a discussão completa em ação sob o procedimento comum), perante juiz natural, em que seus pronunciamentos devam ser analítica e hermenêuticamente motivados, em procedimento público sob o rito especial, com direito à assistência judiciária integral e à coisa julgada (nos limites do *writ*), onde é prestada uma tutela de direito efetiva, adequada e tempestiva.

3.4 CONCEITO CONSTITUCIONAL

O art. 5º, inciso LXIX, da Carta Magna, prevê que “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.”

Para fins didáticos e melhor compreensão do conceito constitucional, decompomos esses requisitos do mandado de segurança, fazendo-se a análise separadamente.

3.4.1 Direito Líquido e Certo

Como visto, o art. 5º, LXIX, da Constituição da República, dispõe que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo”²⁰⁴.

Durante muito tempo a doutrina e a jurisprudência controverteram a respeito de precisar o conceito do termo “direito líquido e certo”. Isto porque parcela da doutrina descrevia direito líquido e certo como um direito objetivo de cunho “especial”²⁰⁵, revestido de certeza incontestável, verificável de plano (*ictus oculi*), de forma que, sendo a matéria de direito controvertida ou complexa, restaria incabível o mandado de segurança. Esse equívoco decorria, em parte, pela literalidade da disposição da Constituição de 1934, que exigia ser o direito “manifestamente ilegal”²⁰⁶.

A justificativa residia no erro de classificar o mandado de segurança como um instrumento de direito material (constitucional ou administrativo), não ajustável ao direito processual, em virtude da importância do instituto como controle dos atos do poder público (direito material). Veja-se a crítica de Barbosa Moreira: “Existe no Brasil certa tendência a ver no mandado de segurança uma entidade exótica, estranha, insuscetível de enquadramento nas categorias tradicionais do direito processual. Tomo a liberdade de atribuir um pouco dessa tendência ao fato de que, nos primeiros tempos da sua existência, o mandado de segurança foi estudado menos por processualistas que por estudiosos, por especialistas de outros campos de direito: constitucionalistas, administrativistas.”²⁰⁷

Essa conceituação da expressão “direito líquido e certo”, como categoria de direito substancial, vem sendo combatida e corrigida pela doutrina processual, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1946, que suprimiu a expressão “manifesta” da

²⁰⁴ Sobre as origens dessa expressão “direito líquido e certo”, veja-se nota de Celso Agrícola Barbi: “A expressão direito líquido e certo não foi criada pelo legislador constituinte nem pelo legislador ordinário. Limitaram-se eles a buscá-la na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde a introduzira Pedro Lessa, ao tempo da formulação da doutrina brasileira do *habeas corpus*, e para aplicação a este. [...]. Por isso, já no seu relatório apresentado ao Congresso Jurídico de 1922, o Ministro Muniz Barreto, ao sugerir a criação de um instituto processual capaz de reintegrar imediatamente o direito lesado, quando incabível o *habeas corpus*, já falou em ‘direito certo e líquido’.” (*Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51)

²⁰⁵ Essa era a posição assumida por Alfredo Buzaid: “O mandado de segurança é, a nosso ver, uma ação judicial, que se distingue das demais pela índole do direito que visa tutelar” (*Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 64, v. I).

²⁰⁶ Nesse diapasão posicionava-se Castro Nunes: “O ato contra o qual se requer o mandado de segurança terá de ser manifestamente inconstitucional ou ilegal para que se autorize a concessão da medida. Se a ilegalidade ou inconstitucionalidade não se apresenta aos olhos do juiz em termos inequívocos, patente não será a violação, e, portanto, certo e incontestável não será o direito.” (Ob. Cit., p. 166)

²⁰⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de Segurança: uma apresentação. In: *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 206.

demonstração da ilegalidade, e hoje majoritariamente advoga a acepção do termo no sentido estritamente processual, representando a ideia de prova pré-constituída, razão pela qual firmou-se entendimento no sentido de que é incabível dilação probatória em mandado de segurança.

Com efeito, Celso Agrícola Barbi escreve: “Como se vê o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que quer se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo.”²⁰⁸ Esse também é o entendimento de Pontes de Miranda²⁰⁹, Ovídio Baptista²¹⁰ e Helly Lopes Meirelles.²¹¹

Portanto, na ação de mandado de segurança, o que deve ser “líquido e certo” é o fato, ou seja, demanda-se que o fato alegado pelo impetrante esteja, desde a exordial, comprovado indubitavelmente (prova pré-constituída), até porque todo direito é líquido e certo, de modo que, ou há direito, e aplica-se a subsunção aos fatos (procedência do pedido), ou não há direito, não se aplicando a subsunção aos fatos (improcedência do pedido), sendo certo que a atividade probatória é voltada para os fatos, e não para o direito, cabendo ao juiz aplicar, ainda que de ofício e exista lacuna legal, o direito que se amolde ao caso concreto (*da mihi factum, dabo tibi ius*)²¹², desde que respeitado o fato-base narrado pelo impetrante²¹³ e sejam

²⁰⁸ Ob. Cit., p. 56-57.

²⁰⁹ A distinção entre questão fática e questão jurídica, em Pontes de Miranda, fica evidente ao afirmar a possibilidade, em mandado de segurança, do exame incidental da constitucionalidade do ato: “Toda a questão de inconstitucionalidade é questão de direito; e as questões só de direito não fazem incerto ou duvidoso o direito que se examina.” (*Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 61, Tomo VI: ações mandamentais)

²¹⁰ “A regra, portanto, é a seguinte: estando os fatos claramente demonstrados nos documentos com que o autor do mandado de segurança instruiu o pedido, a maior ou menor complexidade da *quaestio juris*, é irrelevante para descaracterizar a ‘certeza’ do direito. Por mais controvertido que ele seja, no plano da existência somente pode haver duas alternativas: ou o direito existe ou não existe, independentemente daquilo que o julgador possa pensar a seu respeito.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 1993, p. 274)

²¹¹ “Quando a lei alude a ‘direito líquido e certo’, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. 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.” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 37). Para o estudo sobre a teoria geral da prova cível, consultar: RABELO, Manoel Alves; SANTOS, Katharine Maia dos. Teoria geral da prova cível: breves considerações. In: Margareth Vetis Zaganelli. (Org.). *Processo, Verdade e Justiça* - estudos sobre a prova judicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 97-116, v. I.

²¹² Art. 140, CPC. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

²¹³ [...] 2. A decisão extra petita é aquela inaproveitável por conferir à parte providência diversa da almejada, mercê do deferimento de pedido diverso ou baseado em causa petendi não eleita. Consectariamente, não há decisão extra petita quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial ou mesmo na apelação, desde que baseados em fatos ligados ao fato-base. Precedentes do STJ:

ouvidas previamente as partes, por força do princípio do contraditório preventivo e do dever de cooperação processual.

Esse tema foi solucionado, em definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal, que aprovou o Enunciado n. 625 da Súmula: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão do mandado de segurança.”²¹⁴

Assim sendo, a complexidade do direito afirmado não influencia no cabimento do mandado de segurança²¹⁵; contudo, os fatos devem ser comprovados de plano (juntamente com a peça vestibular), de forma que resta vedada a realização da instrução probatória no *writ* para comprovar os fatos.

3.4.1.1 Ausência de direito líquido e certo (prova pré-constituída)

Indaga-se: a presença do direito líquido e certo constitui uma condição de ação do mandado de segurança ou integra o seu mérito?

Trata-se de condição de ação (interesse de agir)²¹⁶, na modalidade adequação (ou, para parcela da doutrina, utilidade, que já abarcaria a adequação), uma vez que, ausente o direito líquido e certo (prova pré-constituída), o *writ* se revela incabível, por força da inadequação da via eleita (ou de sua inutilidade), devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito, o que não

AgRg no REsp 1164488/DF, SEGUNDA TURMA, DJe 07/06/2010; RMS 26.276/SP, QUINTA TURMA, DJe 19/10/2009; e AgRg no AgRg no REsp 825.954/PR, PRIMEIRA TURMA, DJ de 15/12/2008. [...]” (REsp 1107219/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 02.09.2010)

²¹⁴ Mais recentemente: “Quer dizer, os fatos têm de ser incontroversos. Se os fatos forem incontroversos, o direito será sempre certo. Haverá, apenas, problema de subsunção dos fatos incontroversos ao Direito. Porém, por mais difícil que se apresente ao juiz a subsunção dos fatos ao Direito, isso não importa. Pode ocorrer de o juiz ter dúvidas de qual seja o Direito realmente aplicável para o caso concreto. Porém, isso não é relevante. Não tira a liquidez e certeza do direito.” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 20-21). Quadra trazer à baila, ainda, didático voto do Ministro Celso de Mello: “[...] o conceito de direito líquido e certo, para os fins da ação civil de mandado de segurança, não constitui noção redutível à categoria do direito material reclamado pelo impetrante do writ. Tal como precedentemente assinalado, a formulação conceitual de direito líquido e certo, que constitui requisito de cognoscibilidade da ação de mandado de segurança, encerra, por isso mesmo, no plano de nossa dogmática jurídica, uma noção de conteúdo eminentemente processual. [...] Dentro dessa perspectiva, precedentes jurisprudenciais desta própria Corte deixaram assinalado que o direito líquido e certo, apto a autorizar o ajuizamento da ação de mandado de segurança, é, tão-somente, aquele que concerne a fatos incontroversos, constatáveis de plano, mediante prova literal inequívoca.” (STF, RE 269.464-DF, j. em 29.06.2000)

²¹⁵ “Afastar a impetração pela complexidade da matéria, quando o direito pode ser reconhecido por esta via judicial, é comodismo do julgador que não encontra apoio na instituição do *mandamus*.” (MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 55)

²¹⁶ Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentário às Leis ns. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. ed. São Paulo: Sariva, 2004, p. 15; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 508. Contudo, há quem defenda que a liquidez e a certeza consistam numa condição específica da ação de mandado de segurança: BARBI, Celso Agrícola, Ob. Cit., p. 50; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 50-51.

impede a renovação da questão posteriormente através de ação sob o procedimento comum, desde que seja necessária, entretanto, a produção de outra tipo de prova que não seja a documental.

O problema é que na prática forense, muitas vezes, afirma-se que não há direito líquido e certo, no sentido de que o ato impugnado é legal, quando tecnicamente correto seria utilizar essa expressão (“direito líquido e certo”) apenas no sentido de que não há prova pré-constituída. Isso ainda se agrava porquanto o art. 6º, § 5º, da Lei Federal n. 12.016/2009, prevê que “denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”, ou seja, denega-se a segurança também nas hipóteses de julgamento sem resolução do mérito (art. 485 do CPC/2015), e não apenas no julgamento com resolução de mérito.

Posta assim a questão, independentemente de o dispositivo da sentença constar o termo “denego” o *mandamus*, ou a expressão “ausente direito líquido e certo”, certo é que se deve examinar a fundamentação do *decisum*, para aferir se o mérito fora ou não realmente enfrentado.

De todo modo, antes de julgar extinto o processo sem resolução do mérito, a intimação prévia do impetrante é indispensável, pois o art. 10 do CPC cristalizou a regra da vedação de decisões surpresas, baseadas em premissas não discutidas pelas partes, em afronta ao contraditório e à ampla defesa. Diante disso, com o Código de Processo Civil de 2015, o princípio do contraditório releva uma nova face: o dever de debate por parte do juiz e o direito de influência das partes (contraditório preventivo). O dever do juiz de ouvir previamente a parte, antes de decidir matéria de ofício, decorre também do dever de consulta, que emana do princípio da cooperação processual.

Desse modo, não restam dúvidas de que o magistrado, antes de extinguir o mandado de segurança por faltar-lhe um requisito específico, deverá oportunizar ao impetrante a sua manifestação prévia a respeito, para que tenha a oportunidade de convencer o juiz da existência de prova pré-constituída.

Mas, e se o magistrado, após ouvir o impetrante, não se convencer de seus argumentos contrários?

Ausente prova pré-constituída, é salutar que o magistrado oportunize ao impetrante que, caso queira, converta o procedimento especial em procedimento comum, emendando a inicial, com as devidas adaptações (por exemplo, alterando o polo passivo, incluindo pedido de

condenação em honorários, produção de provas etc.), sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito, por faltar-lhe condição de ação.²¹⁷

Essa conduta do juiz está em sintonia com uma das diretrizes do Código de Processo Civil de 2015, qual seja, o processo com o maior rendimento possível, do qual emerge o princípio da primazia do julgamento do mérito²¹⁸, redundando no dever processual do juiz sanear vícios processuais (art. 139, IX, CPC)²¹⁹, e determinando a parte a sua correção antes de proferir sentença sem resolução do mérito (art. 317, CPC)²²⁰.

Na prática forense, ressaltando o pedido de condenação em obrigação de pagar de parcelas pretéritas, o que se verifica é que a causa de pedir e os pedidos de uma ação sob procedimento comum e do mandado de segurança, notadamente em matéria tributária, são semelhantes, não havendo distinção substancial, o que se revela factível e prudente a conversão de procedimento, pois, assim, estar-se-á concretizando o direito do jurisdicionado a uma tutela adequada (procedimento idôneo), efetiva (com economia processual) e tempestiva (duração razoável do processo), mediante um processo justo (processo cooperativo – dever de prevenção por parte do juiz).

Enfim, o que se busca é a solução definitiva do problema das partes, independente do instrumento processual empregado, e não meramente a extinção de um processo para solucionar o problema estatístico do Poder Judiciário.²²¹

²¹⁷ “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TRANSFORMAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA EM AÇÃO ORDINÁRIA. - Não obstante pertencerem a procedimentos distintos, o mandado de segurança e a ação ordinária, em atenção aos princípios da instrumentalidade das formas, efetividade, economia e celeridade processual aliada à inexistência de prejuízo da parte contrária, tenho que a prefalada transformação deve ser validada.” (TRF 4, CC 200304010134154, Relator Des. Tadaaqui Hirose, Terceira Seção, j. 11.06.2003)

²¹⁸ O princípio da primazia do julgamento de mérito (art. 4º, CPC) é ligado ao vetor da efetividade no processo. O julgador deve priorizar a decisão de mérito, realizando todas as medidas necessárias para que ela ocorra, uma vez que a prolação de sentenças processuais (julgamento sem exame do mérito), acarreta um dispêndio enorme de tempo e esforço dos órgãos jurisdicionais, com gasto de recursos financeiros do Estado, sem que se obtenha a prestação jurisdicional almejada pelos requerentes e se ponha um fim definitivo a questão em julgamento. Nessa toada, constata-se uma clara contraposição entre o processo como coisa das partes (processo como instrumento de afirmação dos direitos da parte mais forte) e o processo como interesse público (processo como fim em si mesmo, independentemente do interesse das partes), ambas visões superadas do fenômeno processual por serem insuficientes para garantir a sua finalidade: a tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, mediante processo justo. Ora, no Estado Democrático Constitucional, o juiz é imparcial, mas não é neutro, porque trabalha pelo julgamento de mérito, determinando condutas às partes que possam viabilizar essa decisão. (ZANETI JR, Hermes. CPC/2015: O Ministério Público como Instituição de Garantia e as Normas Fundamentais Processuais. *Revista Jurídica. Corregedoria Nacional*, v. 2, 2017, p. 128-131)

²¹⁹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais.

²²⁰ Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

²²¹ José Robertos dos Santos Bedaque afirma: “Assim, o NCPC, preocupado com a efetividade do processo, prevê a possibilidade de correção de qualquer dos vícios capazes de impedir a sentença de mérito, devendo ser a parte intimada a, se possível, regularizar o processo. Mais importante que o *iudicium* é encontrar a solução adequada à *res in iudicium deducta*. Concebe-se o instrumento na suposição de que ele servirá melhor ao seu fim

3.4.2 Ato de Autoridade

O mandado de segurança deve ser impetrado em face de ato praticado (repressivo), ou a ser praticado (preventivo), por autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica ou pessoa natural no exercício de atribuições do Poder Público.²²²

Autoridade pública é aquela que integra os quadros da Administração Pública Direta (entes federados, autarquias e fundações autárquicas), ao passo que os integrantes da Administração Pública Indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista), os representantes dos partidos políticos, os dirigentes das pessoas jurídicas privadas e as pessoas naturais, mesmo que não integrem a Administração Pública Direta, são equiparadas à autoridade, quando pratiquem o ato no exercício de atribuições do poder público.

E qual é a definição do termo “autoridade”? O art. 6, § 2º, da Lei Federal n. 12.016/2009, dispõe: “Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.”

Portanto, autoridade é aquela que detém atribuição para praticar ou ordenar a prática do ato impugnado.²²³ Vale dizer: autoridade é o agente público que exerce poder de decisão, capaz de corrigir, no momento da impetração²²⁴, a ilegalidade do ato em toda a sua extensão. Não se confunde, assim, com o mero agente executor do ato, que apenas cumpre as ordens da autoridade, não tendo poder para corrigir o ato, não respondendo, pois, assim, pela ilegalidade do ato.²²⁵

se observadas determinadas regras.” (*Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenação Antônio Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 501)

²²² Art. 1º, § 1º, Lei Federal n. 12.016/2009: “Equiparam-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.”

²²³ “Por ‘autoridade’ entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. [...]. Atos de autoridade, portanto, são os que trazem em si uma decisão, e não apenas execução.” (MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 33)

²²⁴ “A autoridade administrativa legítima para figurar no polo passivo da impetração é a competente para a prática do ato no momento do ajuizamento do writ.” (STF, RMS 28.193, Rel. Min. Eros Grau, j. 11.05.2010)

²²⁵ “[...]. 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 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

Não se confunde, também, com a autoridade que elaborou, *in abstracto*, o ato normativo infralegal (por exemplo, Instrução Normativa), porquanto o mandado de segurança é voltado para impugnar, diretamente, o ato concreto (praticado ou a ser praticado), e não o ato normativo, que é objeto de impugnação apenas indiretamente.²²⁶ Vale dizer: autoridade coatora no mandado de segurança não é aquela que dá instruções ou edita ordens genéricas, e sim a que faz por individualizá-las, aplicando-as em concreto.²²⁷

Ademais, autoridade coatora não se confunde com o agente público que, na condição de superior hierárquico, não pratica ou não ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução de um ato.²²⁸

Como a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não ressalvaram, qualquer autoridade pública esta suscetível de figurar como autoridade coatora, inclusive o Presidente da República, o Presidente do Congresso e o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

3.4.3 Ilegalidade ou abuso de poder

O controle de ilegalidade ou abuso de poder é a essência do *writ*, pois este trata-se de garantia fundamental voltada para o *judicial review*, inconcebível em regimes totalitários onde há exorbitante desequilíbrio entre o cidadão e o Estado.

Conforme já visto, a Constituição Federal de 1934 exigia que o ato fosse “manifestamente” ilegal ou abusivo, o que foi suprimido pelas Constituições posteriores. Conforme expressa

Presidente do TRF-5 não agiu com poder decisório, mas unicamente como executor material de determinação oriunda do Tribunal de Contas da União. 6. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STJ, RMS 37.657/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. em 01/10/2015)

²²⁶ “Autoridade coatora é aquela que praticou o ato que particularmente violou o direito do autor. Os órgãos elaboradores da lei não são chamados a juízo [...] ato violador do direito não são as instruções gerais, os pareceres etc., mas sim o ato concreto de aplicação desses atos normativos, sendo, assim, autoridade coatora a que faz aquela aplicação.” (BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 90 e 92)

²²⁷ “Não cabe mandado de segurança contra ato do presidente do STF dotado de caráter normativo, ato que disciplina situações gerais e abstratas. A portaria impugnada neste *writ* produz efeitos análogos ao de uma ‘lei em tese’, contra a qual não cabe mandado de segurança (Súmula 266 desta Corte).” (STF, MS 28.250 AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 04.02.2010). E mais: “Como se sabe, o mandado de segurança pressupõe a alegação de lesão ou ameaça concreta a direito líquido e certo do impetrante. O referido meio processual não se presta a impugnar normas gerais e abstratas, como exposto na Súmula 266/STF, (...). A ‘lei em tese’ a que se refere a súmula não é propriamente a lei em sua acepção formal, mas em sentido material, o que abrange atos normativos infralegais, desde que possuam caráter geral e abstrato [...]” (STF, MS 29374 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgamento em 30.9.2014). Nesse mesmo sentido: STF, MS 28.985 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19.09.2013.

²²⁸ “Mesmo após a edição da Lei 12.016/2009, Lei do Mandado de Segurança, aquele que, na condição de superior hierárquico, não pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução de um ato não poderá figurar como autoridade coatora. Caso contrário, o presidente da República seria autoridade coatora em todos os mandados de segurança impetrados contra ações ou omissões danosas verificadas no âmbito federal.” (STF, RMS 26.211, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27.9.2011)

Celso Agrícola Barbi, “a fórmula da legislação revogada restringia, de maneira excessiva e desarrazoada, a aplicação dessa forma processual, pois não bastava a existência de um direito certo, exigia também ‘determinado tipo’ de ilegalidade. Daí a adjetivação que a doutrina e a jurisprudência aplicaram ao mandado de segurança, considerando-se medida de uso excepcional: ‘medida heroica, via peregrina, remédio excepcional’ etc [...].”²²⁹

Entrementes, de acordo com a Constituição Federal de 1988, a ilegalidade em mandado de segurança é “a mesma ilegalidade necessária à proteção do direito pelas vias processuais”²³⁰. Não se admite, pois, assim, nenhum qualitativo; basta a afirmação de conduta ilegal (incluída a inconstitucionalidade) e o preenchimento dos demais requisitos.

No que tange ao abuso de poder, este é espécie do gênero ilegalidade. Com efeito, segundo magistério de Seabra Fagundes, “a conceituação do *abuso de poder* terá caráter meramente teórico, por isto que, do ponto de vista prático do cabimento do mandado de segurança, a distinção pouco importa. Sendo o abuso de poder espécie do gênero ilegalidade, onde esta se constate caberá aquele remédio, sem embargo da classificação que se lhe possa emprestar (usurpação de função, abuso de poder, defeito formal etc).”²³¹

3.4.4 Distinção com outras ações constitucionais

Preceitua o art. 5º, inciso LXIX, da Carta Magna, que será concedido mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*. Nota-se, pois, que o critério de cabimento do mandado de segurança é residual.

Torna-se necessário, portanto, primeiramente, delimitar o campo de incidência do *habeas corpus*, que, segundo o art. 5º, LXVIII, da Constituição da República, está voltado para proteger a “liberdade de locomoção”, e que não abrange apenas a prisão ou ameaça de prisão, porquanto há outras formas de restrição de liberdade. Por seu turno, o mandado de segurança está voltado para a proteção de bem jurídico diverso da liberdade de locomoção.

Mas qual a extensão do conceito de liberdade de locomoção? Segundo Castro Nunes²³², deve-se distinguir entre a liberdade física de locomoção, como objeto direto e imediato do pedido, e restrição indireta à liberdade de locomoção, cujo pedido imediato consiste, na verdade, no exercício de um determinado direito. Dessa forma, se o indivíduo está cerceado no uso dos

²²⁹ *Do mandado de segurança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 57.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 269.

²³² Ob. Cit., p. 163-165.

seus meios naturais de locomoção, será caso de *habeas corpus*. De outro lado, se o indivíduo está cerceado do exercício de sua atividade lícita (v.g., afastado de suas funções públicas), mesmo que indiretamente lhe tolha o seu direito de liberdade de locomoção (v.g., impedimento de ingressar na repartição pública), será caso de mandado de segurança, porquanto o bem lesado não é a liberdade de locomoção, mas sim bem jurídico diverso (exercício de função pública).²³³

Também não se confunde o mandado de segurança com o *habeas data*. O *habeas data* destina-se assegurar o conhecimento e a retificação de informações relativas à pessoa de quem o requerer, constantes de bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (art. 5º, LXXII, CF)²³⁴. O ponto distintivo é saber quem é o titular das informações: se as informações dizem respeito à pessoa de quem o requerer, é o caso de *habeas data*; se as informações dizem respeito a terceiros ou são de interesse público (art. 5º, XXXIII, CF)²³⁵, é o caso de mandado de segurança.²³⁶

Calha registrar que o Supremo Tribunal Federal firmou tese, sob a sistemática da repercussão geral, que o “*habeas data* é garantia constitucional adequada para a obtenção dos dados concernentes ao pagamento de tributos do próprio contribuinte constantes dos sistemas

²³³ “[...]. Com a cessação, em 1926, da doutrina brasileira do *habeas corpus*, a destinação constitucional do remédio heroico restringiu-se, no campo de sua específica projeção, ao plano da estreita tutela da imediata liberdade física de ir, vir e permanecer dos indivíduos, pertencendo, residualmente, ao âmbito do mandado de segurança, a tutela jurisdicional contra ofensas que desrespeitem os demais direitos líquidos e certos, mesmo quando tais situações de ilicitude ou de abuso de poder venham a afetar, ainda que obliquamente, a liberdade de locomoção física das pessoas.” (STF, HC 83.966 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.06.2004, Primeira Turma)

²³⁴ LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

²³⁵ XXXIII – “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.” Comentando o art 5º, XXXIII, da CF, Maria Sylvia Zanella di Pietro escreve: “Embora o dispositivo assegure o direito à informação de interesse particular ou de interesse coletivo, ela não se confunde com a informação protegida pelo *habeas data*, que é sempre relativo à pessoa do impetrante, com a particularidade de constar de banco ou registro de dados. O direito à informação, que se exerce na via administrativa é mais amplo e pode referir-se a assuntos mais variados como o conteúdo de um parecer jurídico, de um laudo técnico, de uma informação do processo, de uma prova apresentada em concurso público, do depoimento de uma testemunha etc.; não se refere a dados sobre a própria pessoa do requerente; e pode ter como finalidade a defesa de um interesse particular [...]. o direito à informação de interesse particular ou coletivo (art. 5º, XXXIII), se negado pela Administração, deve ser protegido pela via judicial ordinária ou pelo mandado de segurança e não pelo *habeas data*; o mesmo direito pode ser exercido de forma ampla, com ressalva para as informações ‘cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado’; essa restrição não se aplica no caso de *habeas data*, que protege a própria intimidade da pessoa. Essa conclusão decorre do fato de que o inciso LXXII do artigo 5º não contém a mesma restrição inserida na parte final do inciso XXXIII.” (*Curso de Direito Administrativo*, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 831)

²³⁶ Nesse diapasão, já decidiu o STF que “o *habeas data* não se presta para solicitar informações relativas a terceiros, pois, nos termos do inciso LXXII do art. 5º da CF, sua impetração deve ter por objetivo ‘assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante’.” (HD 87 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25.11.2009).

informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais.”²³⁷

4. UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS DIFERENCIADAS DO MANDADO DE SEGURANÇA NO PROCEDIMENTO COMUM TRIBUTÁRIO, SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO JURISDICIONAL

4.1 DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO JURISDICIONAL

Fredie Didier Jr²³⁸ discorre acerca do princípio da adequação sobre três dimensões: (a) legislativo: que cria prévia e abstratamente os procedimentos diferenciados; (b) jurisdicional: permite ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento às particularidades da causa; (c) negocial: o procedimento é adequado pelas próprias partes, em comum acordo, no caso concreto.

O princípio da adequação legislativa tem vida longa no Direito Brasileiro, a exemplo da ação de mandado de segurança, ação monitória, ação coletivas etc.

²³⁷ “[...]. 1. O habeas data, posto instrumento de tutela de direitos fundamentais, encerra amplo espectro, rejeitando-se visão reducionista da garantia constitucional inaugurada pela carta pós-positivista de 1988. 2. A tese fixada na presente repercussão geral é a seguinte: ‘O Habeas Data é garantia constitucional adequada para a obtenção dos dados concernentes ao pagamento de tributos do próprio contribuinte constantes dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais.’ [...] 5. O registro de dados deve ser entendido em seu sentido mais amplo, abrangendo tudo que diga respeito ao interessado, seja de modo direto ou indireto. (...) Registro de dados deve ser entendido em seu sentido mais amplo, abrangendo tudo que diga respeito ao interessado, seja de modo direto ou indireto, causando-lhe dano ao seu direito de privacidade. [...] 7. Aos contribuintes foi assegurado constitucionalmente o direito de conhecer as informações que lhes digam respeito em bancos de dados públicos ou de caráter público, em razão da necessidade de preservar o status de seu nome, planejamento empresarial, estratégia de investimento e, em especial, a recuperação de tributos pagos indevidamente, verbis: Art. 5º. ...LXXII. Conceder-se-á habeas data para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, considerado como um writ, uma garantia, um remédio constitucional à disposição dos cidadãos para que possam implementar direitos subjetivos que estão sendo obstaculados. 8. As informações fiscais conexas ao próprio contribuinte, se forem sigilosas, não importa em que grau, devem ser protegidas da sociedade em geral, segundo os termos da lei ou da constituição, mas não de quem a elas se referem, por força da consagração do direito à informação do art. 5º, inciso XXXIII, da Carta Magna, que traz como única ressalva o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, o que não se aplica no caso sub examine, verbis: Art. 5º....XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. 9. In casu, o recorrente requereu à Secretaria da Receita Federal do Brasil os extratos atinentes às anotações constantes do Sistema de Conta-Corrente de Pessoa Jurídica-SINCOR, o Sistema Conta-Corrente de Pessoa Jurídica-CONTACORPJ, como de quaisquer dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação federal, no que tange aos pagamentos de tributos federais, informações que não estão acobertadas pelo sigilo legal ou constitucional, posto que requerida pelo próprio contribuinte, sobre dados próprios.” (RE 673707, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 17.06.2015)

²³⁸ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 114. v. I.

O princípio da adequação negocial, novidade em nosso país, encontra-se expressamente previsto no Código de Processo Civil (art. 190²³⁹), que cristaliza os negócios jurídicos processuais.

O princípio da adequação jurisdicional (também conhecido como adaptabilidade procedimental)²⁴⁰ encontra-se disseminado no corpo do Código de Processo Civil, que criou normas processuais abertas, a exemplo do art. 139, VI²⁴¹ e 373, § 1º²⁴². Também encontra supedâneo legal no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe acerca do direito à construção da ação adequada à tutela do direito material apresentada no caso concreto, ao prescrever que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

Cabe-nos, aqui, tecer comentários a respeito do princípio da adequação jurisdicional.

Se é certo que se justifica a existência de procedimentos especiais para prestar tutela de direito adequada, é utópico admitir que o legislador pode criar tantos procedimentos quantos forem às situações do direito material, porquanto o legislador sempre estaria atrasado em relação às necessidades dinâmicas da vida social (direito material).²⁴³ De fato, pontuam Marinoni, Arenhart e Mitidiero²⁴⁴ “que a imprescindibilidade de técnicas processuais diferenciadas não

²³⁹ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

²⁴⁰ Fredie Didier Jr distingue entre o princípio da adequação procedimental – tendo como destinatário o legislador – e o princípio da adaptabilidade procedimental – tendo como destinatário o juiz (Ob. Cit., p. 114). Procedendo a essa mesma distinção: Fernando da Fonseca Gajardoni (*Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 134).

²⁴¹ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;”

²⁴² “Art. 373, § 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

²⁴³ Nessa linha de pensamento Fernando da Fonseca Gajardoni: “A questão que ora se impõe é a seguinte: estes tantos procedimentos são úteis? Pese as dificuldades iniciais que certamente surgirão, não seria mais fácil, eficaz, produtivo, admitir que é dado às partes eleger o procedimento, ou ao juiz efetuar a adequação formal dele às particularidades da causa, caso a caso?” (Ob. Cit., p. 77)

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 463/464. Trilhando esse mesmo caminho, Bedaque registra: “O sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo. [...] Não basta a previsão em abstrato de um procedimento para possibilitar ao titular de uma situação substancial carente de proteção o acesso à tutela jurisdicional efetiva.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51 e 55)

deriva apenas das necessidades do direito material – vistas em abstrato –, mas igualmente do caso concreto, que sempre possui particularidades próprias e específicas.”

Em outras palavras: os procedimentos especiais, criados abstrata e previamente pelo legislador, não são suficientes, em todos os casos, para atender um dos objetivos do processo: prestar tutela jurisdicional de direito de forma adequada.

Posta assim a questão, o dever de prestar tutela adequada desloca-se do legislador para o juiz. Logo, o processo não deve apenas ser estruturado, prévia e legalmente, para atender às necessidades do direito material, mas deve também conferir às partes e ao juiz ajustar o procedimento às particularidades da demanda, no caso concreto.²⁴⁵

Nesse diapasão, Calamandrei já escreveu sobre o “princípio da adaptabilidade do procedimento às exigências da causa”, ou “princípio da elasticidade processual”, que revela “um procedimento adaptável às circunstâncias, que pode ser, em caso de necessidade, abreviado ou modificado, para assumir múltiplas formas, em correspondência com as exigências concretas de cada causa”, conferindo-se “poder dado ao juiz ou às partes de seguir, no curso do procedimento escolhido, o itinerário que melhor corresponda às dificuldades e o ritmo da causa.”²⁴⁶ Com mesmo pensamento, Luigi Paolo Comoglio leciona a necessidade de se investir o magistrado de poderes para adaptar o processo às diferentes necessidades de cada caso concreto²⁴⁷, bem como Nicolò Trocker afirma que a garantia constitucional do justo processo confere ao juiz esse poder de adaptar o procedimento.²⁴⁸

O princípio da adequação jurisdicional, por adotar o sistema de liberdade de formas procedimentais, oposto ao sistema de legalidade, sofre críticas da doutrina por infringir a previsibilidade e segurança do processo, pois as partes podem ser surpreendidas com decisões não esperadas e exigências formais irrazoáveis, bem como com eventual parcialidade do juiz manipulando o procedimento em favor de uma das partes.

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Ob. Cit., p. 456.

²⁴⁶ CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Opere giuridiche. Napoli: Morano, 1970, v. IV, p. 205-206.

²⁴⁷ “Essendo impossibile affidare alla normazione attratta siffatto controllo, che richiede elasticità e adattabilità degli interventi correttivi alle variabili esigenze del caso concreto, è indispensabile investire il giudice di compiti opportunamente ampli, al fine di economizzare l'utilizzazione delle forze e delle risorse processuali, mediante un'azione articolata in tre convergenti direzioni: [...] c) adattamento delle prescrizioni di forma agli scopi generali del processo ed a quelli particolare dei singoli atti, con la correzione (anche officiosa) dei vizi concretamente irrelevanti e com la possibilità di sanar ele irregolarità rimediabili senza spreco di attività già compiute.” (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*. Padova: Cedam, 1982, p. 52, v. II)

²⁴⁸ “La regolamentazione particolareggiata delle modalità di instaurazione e di svolgimento del processo non attiene necessariamente alla garanzia del giusto processo. Quest'ultima non può dirsi violata perché ci si trova in presenza di un processo a ridotta rigidità formale che consente al giudice di adattare le modalità del procedimento alle diverse esigenze che caso per caso emergono.” (Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profi li generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LV, n. 2, 2001, p. 392)

Não restam dúvidas de que o formalismo é indispensável ao processo²⁴⁹, visando dar previsibilidade ao procedimento e disciplinar o poder do juiz²⁵⁰, atuando como garantia contra o arbítrio.²⁵¹ Entrementes, a pura forma, desprendida dos valores, não pode figurar com um fim em si mesmo, impondo-se examinar se os valores dignos de proteção decorrente da forma serão, ou não, violados em decorrência da adoção do princípio da adequação jurisdicional.

Nessa medida, Fernando da Fonseca Gajardoni²⁵² apresenta três requisitos indispensáveis à flexibilização procedimental pelo juiz, a saber: i) finalidade: necessidade de existência de um motivo (o direito material; a utilidade do procedimento; a condição da parte) para que se implemente, no caso concreto, a variação ritual, o que deve ocorrer apenas de forma excepcional; ii) contraditório prévio: participação das partes para influir na decisão flexibilizadora, o que deve ocorrer, necessariamente, antes da alteração da regra legal; iii) motivação: exposição das razões pelas quais a variação será útil para o processo, ensejando o controle da decisão pelas partes, para eventual interposição de recurso.

Firmadas essas premissas, se realizada a flexibilização procedimental, de forma excepcional²⁵³ e já no limiar do procedimento, após o exercício do contraditório prévio das

²⁴⁹ Ihering lecionava que “a forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade” (IHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano*. Tradução de Rafael Benaoin. Rio de Janeiro: Calvino F., 1934, p. 164, v. I), enquanto Montesquieu já dizia que “as formalidades da justiça são necessárias para a liberdade.” No entanto, o próprio Montesquieu ressaltou que, quanto às formalidades, “o número delas poderia ser tão grande, que iria de encontro à finalidade das mesmas leis que as teriam estabelecido: as questões não teriam fim; a propriedade dos bens ficaria incerta; dar-se-ia, sem exame, a uma das partes o bem da outra ou se arruinariam todas as duas de tanto examinar. Os cidadãos perderiam sua liberdade e segurança; os acusadores não mais teriam meios para convencer, nem os acusados meios para justificar-se.” (MOSTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. 3. ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1985, p. 461)

²⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 7, jun. 2003.

²⁵¹ Eis o magistério de Antônio do Passo Cabral a respeito: “Além de proporcionar ordem, previsibilidade e eficiência, a forma é um freio legislativo aos impulsos humanos. Através do regramento legal, a vontade coletiva se impõe aos ímpetos dos litigantes e do juiz, num potente mecanismo de contenção de arbitrariedades. Especialmente num Estado de Direito, que é aquele em que impera o *rule of law*, não pode o poder estatal, exercido por meio de agentes públicos, permitir que as preferências e vontades pessoais prevaleçam sobre as prescrições normativas. Formalidades legais talvez sejam o modo mais seguro de evitar-se o arbítrio dos julgadores.” (*Nulidades do processo mordeno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 9). Sobre as consequências jurídicas da inobservância da forma processual, e as espécies de vícios processuais, consultar: BUFULIN, Augusto Passamani; BONOMO JR, Aylton; SANTOS, Katharine Maia. Breve análise do vício processual da inexistência em face do novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 68, p. 17-36, 2016.

²⁵² *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 88.

²⁵³ No direito luso, Abílio Neto adverte quanto à necessidade de se adotar a flexibilização apenas excepcionalmente: “Pesem embora as boas intenções subjacentes à consagração do princípio da adequação formal, este tem de ser objecto de uma assaz cautelosa aplicação casuística, apenas quando seja patente a necessidade de suprimento de lacuna do ordenamento judiciário ou a imperiosidade de evitar efeitos objectivamente perversos, sob pena de se cair na anarquia processual e na intolerável insegurança na efetivação de direitos, relegando para segundo plano o direito positivo vigente.” (*Código de Processo Civil Anotado*. 22. ed. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 406-407). De igual forma a jurisprudência lusa: “1. O princípio da adequação formal, consagrado no art. 547.º CPC, não transforma o juiz em legislador, ou seja, o ritualismo processual não é

partes (contraditório preventivo e dever de cooperação), mediante decisão judicial motivada analítica e concretamente, em que é externada a finalidade da flexibilização, não há que se falar em violação aos valores segurança jurídica e previsibilidade, já que as partes saberão de antemão qual será o procedimento, afastando, também, alegação de arbítrio por parte do juiz, o que poderá ser controlado via recurso.²⁵⁴

O sistema de flexibilização procedimental judicial já é adotado em outros países, destacando-se o processo inglês, norte-americano e português.²⁵⁵

Na Inglaterra, desde a aprovação de um Código de Processo Civil (*Civil Procedure Rules*) em 1999²⁵⁶, fora implementado o *active case management*, conferindo ao magistrado papel mais ativo na condução do processo, conforme consta da regra n. 1.4²⁵⁷.

apenas aplicável quando aquele não decida, a seu belo prazer, adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais, sob a invocação de, desse modo, assegurar um processo equitativo. 2. Os juízes continuam obrigados a julgar segundo a lei vigente e a respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas (art. 4.º -2 da Lei n.º 21/85, de 30-7), e, daí, que o poder-dever que lhes confere o preceito em causa deva ser usado tão somente quando o modelo legal se mostre de todo inadequado às especificidades da causa, e, em decorrência, colida frontalmente com o atingir de um processo equitativo. Trata-se de uma válvula de escape, e não de um instrumento de utilização corrente, sob pena de subverter os princípios essenciais da certeza e da segurança jurídica.” (Tribunal da Relação de Coimbra. Processo n. 507/10.1T2AVR-C.C1, j. em 14.10.2014)

²⁵⁴ Com o CPC/2015, não são todas decisões interlocutórias que são suscetíveis de agravo de instrumento, mas apenas aquelas hipóteses previstas expressamente no art. 1.015 do CPC, de modo que as demais questões resolvidas na fase de conhecimento não são cobertas pela preclusão, e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões (art. 1.009, § 1º, CPC). Conforme rol taxativo do art. 1.015 do CPC, ali não está contemplada a hipótese de flexibilidade procedimental judicial “típica”, prevista no art. 139, VI, do CPC (aumento do prazo processual e alteração da ordem de produção dos meios de prova), pois, se houvesse previsão legal, poder-se-ia aplicar por analogia essa hipótese legal à flexibilização procedimental atípica (genérica). Portanto, à míngua de previsão legal do cabimento de agravo de instrumento em matéria de flexibilização procedimental judicial, a decisão judicial que determina a flexibilização do procedimento para se ajustar ao direito material em jogo (ainda que fora das hipóteses previstas no art. 139, VI, CPC) não será objeto de impugnação via agravo de instrumento, mas isso não quer dizer que essa decisão judicial estará imune do controle via recursal, já que o tema será objeto de análise, se suscitado, quando de eventual interposição de apelação ao final do procedimento.

²⁵⁵ Remo Caponi afirma que a tendência da Europa inclina-se pelo modelo de flexibilidade procedimental: “Portanto, confirma-se que a tendência que prevalece na Europa é no sentido de uma orientação bastante flexível do processo de cognição plena, capaz de aderir à natureza simples ou complexa da controvérsia graças ao exercício incisivo dos poderes do *case management* por parte do juiz.” (Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 10, Vol. 17, n. 2, jul/dez-2016, p. 543)

²⁵⁶ Confira ensaio de José Carlos Barbosa Moreira sobre o assunto (Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, p. 74-83, jul/set. 2000)

²⁵⁷ (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes – (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (b) identifying the issues at an early stage; (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; (d) deciding the order in which issues are to be resolved; (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; (f) helping the parties to settle the whole or part of the case; (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case; (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it; (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion; (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court; (k) making use of technology; and (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.

A regra 26.1.2 prevê três tipos de procedimentos: i) *small claims track* (pequenas causas); (ii) *the fast track* (causas de pequeno porte); (iii) *the multi-track* (causas maiores). No entanto, o valor da causa não é óbice para que as partes e o juiz optem por quaisquer desses procedimentos, desde que observados os requisitos previstos na regra de n. 26.8 (*matters relevant to allocation to a track*)²⁵⁸, a exemplo da complexidade dos fatos e a quantidade provas, bem como se afigura possível modificar o procedimento no curso do processo (*Re-allocation*)²⁵⁹.

Nos Estados Unidos, conforme citação de Fernando da Fonseca Gajardoni²⁶⁰, vale fazer menção ao *Federal Rules of Civil Procedure*, adotado pela Justiça Federal, de onde surgiu o *judicial case management* (gerenciamento dos processos individualmente), em que se busca a solução do conflito pela via dos meios alternativos, bem como a flexibilização judicial do procedimento.

No direito português, o princípio da adequação fora positivado no ordenamento jurídico luso em 1995, através do Decreto-Lei n. 329-A, preceituando que “quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente e com acordo das partes, adaptar o processado” (art. 265-A). Trata-se, na verdade, de adequação negocial (necessidade de consentimento das partes).

Logo em seguida, em 1996, o Decreto-Lei n. 180 alterou a redação do referido dispositivo legal, retirando a necessidade de concordância das partes, e autorizando a atuação de ofício do juiz para levar a cabo a adaptação do procedimento, desde que ouvidas as partes (contraditório preventivo), consagrando, dessa forma, o princípio da adequação jurisdicional.²⁶¹

Com o advento do novo Código de Processo Civil português, em vigor a partir de 2013, o princípio da adequação formal fora reafirmado no art. 547, *in verbis*: “o juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam garantir, assegurando um processo equitativo.”

Observa-se que o referido art. 547 aparentemente suprimiu a oitiva prévia das partes, exigência esta prevista no art. 265-A revogado. No entanto, a oitiva prévia das partes para a

²⁵⁸ 1) When deciding the track for a claim, the matters to which the court shall have regard include – (a) the financial value, if any, of the claim; (b) the nature of the remedy sought; (c) the likely complexity of the facts, law or evidence; (d) the number of parties or likely parties; (e) the value of any counterclaim or other Part 20 claim and the complexity of any matters relating to it; (f) the amount of oral evidence which may be required; (g) the importance of the claim to persons who are not parties to the proceedings; (h) the views expressed by the parties; and (i) the circumstances of the parties.

²⁵⁹ 26.10. The court may subsequently re-allocate a claim to a different track.

²⁶⁰ *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

²⁶¹ Eis a nova redação: “Quando a tramitação processual previsto na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.”

adequação do procedimento permanece obrigatória, conforme assenta Miguel Teixeira de Sousa: “a adequação formal requer a prévia audição das partes (art. 6º, nº 1), pelo que comete uma nulidade processual o juiz que determinar essa adequação sem previamente ouvir as partes (cf. art. 195º, nº 1). Num certo sentido, pode dizer-se que a adequação formal é expressão da cooperação entre o tribunal e as partes.”²⁶² Nesse mesmo diapasão escreveram Isabel Alexandre²⁶³ e Miguel Dinis Pestana Serra²⁶⁴.

A flexibilização procedimental judicial atípica (ou genérica) foi encampada e levada adiante pela Comissão de Juristas responsável de elaborar o Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, contudo, fora rejeitada pelo Senado e pela Câmara, aprovando-se tão-somente o texto restritivo do atual art. 139, inciso VI, do CPC.

Contudo, apesar de não estar previsto expressamente no texto legal, o princípio da adequação jurisdicional de forma ampla e genérica, emana da própria Constituição Federal, que busca um processo justo e uma tutela adequada.

Como dito, no anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas do Código de Processo Civil de 2015, encontrava-se previsto expressamente o princípio da adequação jurisdicional de forma ampla e genérica. O art. 107, inciso V, do Anteprojeto, previa que incumbia ao juiz “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”, enquanto o art. 151, § 1º, previa que “quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste”.

²⁶² Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil, *Cadernos de Direito Privado*, v. 43, 2013, p. 5. O art. 6º, nº 1, do Código de Processo Civil Português, dispõe. “Cumprido ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.”

²⁶³ “O art. 6º da proposta de lei actualmente em discussão (PL 113/XII) não alude, ao contrário dos anteriores projectos de Setembro de 2012 e de Dezembro de 2011, à necessidade de os mecanismos de agilização e simplificação processual adoptados pelo juiz respeitarem os princípios da igualdade das partes e do contraditório. No entanto, a Exposição de Motivos da mesma proposta de lei alude à necessidade de estes princípios serem respeitados. A décima questão é portanto esta: suprimiu-se tal referência do art. 6º por se considerar que a mesma era inútil, por decorrer dos princípios gerais? [...]. Concorde-se com essas supressões: a primeira referência era inútil, porque a exigência decorria dos princípios gerais; [...].” (O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo CPC. Texto publicado na internet: <http://www.cjf.jus.br/caju/cpc-Portugal-2.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2017)

²⁶⁴ “Por fim, cumpre sublinhar que no exercício do Dever de Gestão Processual, o Juiz encontra-se sempre vinculado ao respeito pelos princípios estruturantes do Processo Civil, sendo que, tal como decorre da parte final do número 1 do artigo 6º do cpc, quando o Juiz intervém tendo em vista a adoção de mecanismos de simplificação e agilização processual, terá que ouvir as partes.” (O Dever De Gestão Processual No Código De Processo Civil. Texto publicado na internet: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/4980/3294>. Acesso em 22 de setembro de 2017)

Infelizmente, por receio de se perder o controle de previsibilidade do procedimento, esses dispositivos não foram aprovados no Senado Federal²⁶⁵, de forma que o art. 139, VI, do CPC²⁶⁶, permite apenas a flexibilização procedimental pelo juiz (adequação jurisdicional) para aumentar prazos processuais e para inversão da produção dos meios de prova, ou seja, em (poucas) hipóteses legalmente enumeradas. A par disso, no art. 190, fora prevista a flexibilidade procedimental voluntária por acordo entre as partes (adequação negocial).

Entretantes, à míngua de previsão genérica no Código de Processo Civil, o poder de adaptação procedimental do juiz (adequação jurisdicional) não é limitado às restritas hipóteses do texto legal já apontadas²⁶⁷, de modo que a ausência de previsão legal de técnica processual apropriada para o direito material enseja o dever do juiz de imprimir a técnica processual adequada para o caso concreto, em decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, CF)²⁶⁸.

Ora, como direito fundamental que o é, o direito à tutela adequada e efetiva apresenta aplicabilidade imediata, impondo-se o dever ao magistrado torná-lo real e concreto no processo, ainda que exista omissão do legislador a respeito.

Isto porque, a Constituição Federal de 1988, de forma inovadora, em seu art. 5º, § 1º, fortemente influenciada pelos ideais da Declaração Universal dos Direitos Humanos e das Constituições dos países da Europa continental, preceitua a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais (não são todas as normas constitucionais), o que redundará nos seguintes efeitos: (i) dever por parte dos órgãos estatais de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais, impondo-se a sua

²⁶⁵“Este receio, contudo – não temos dúvida alguma em afirmar –, se deveu a três fatores. Primeiro, ao absoluto desconhecimento dos críticos do alcance da regra da flexibilização procedimental (princípio da adequação formal) – inclusive no âmbito do direito comparado (arts. 6º e 547 do CPC português) – e dos condicionamentos para a flexibilização do procedimento. Segundo, à má compreensão do espírito do novo CPC, no sentido de extinguir/reduzir modelos procedimentais (sumário e especial), exatamente porque estaria permitida a calibração do rito no caso concreto. E terceiro, à precária redação dos dispositivos que trataram do tema no texto do anteprojeto, os quais autorizaram a flexibilização através de cláusulas extremamente abertas; que não condicionavam a adequação formal a requisitos mínimos que pudessem garantir a previsibilidade e a segurança das partes.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no Novo CPC. *Revista Tribunal Superior do Trabalho*, v. 82, n. 3, jul/set-2016, p. 176-177)

²⁶⁶ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

²⁶⁷ Nesse sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de. Ob. Cit., p. 178; MATTOS, Sérgio. O princípio da adequação do processo na visão de Galeno Lacerda. *Revista do Processo*. Ano 38, v. 226, dez/2013, p. 157. Contudo, os citados autores defendem a necessidade de se estabelecer limites para levar a efeito tal flexibilização, sendo que Fernando Gajardoni aponta a finalidade, o contraditório útil e a motivação como condicionantes, ao passo que Sérgio Mattos indica o respeito aos direitos fundamentais.

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Ob. Cit., p. 466.

aplicação imediata²⁶⁹; (ii) essas normas de direitos fundamentais terão em seu favor uma presunção de serem sempre também de eficácia plena, ou seja, não dependem de regulamentação legal para gerarem imediatamente seus efeitos.²⁷⁰

Enfim, a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz, em face do direito fundamental ao processo adequado, que incide (eficácia vertical direta) diretamente sobre o juiz, independente de regulamentação legal (mediação legislativa) para que possa gerar efeitos no processo.

O princípio da adequação jurisdicional incide, inclusive, sobre a ação constitucional do mandado de segurança, uma vez que, malgrado já se tratar de um procedimento especial adequado, em tese, à natureza do direito material em jogo, o caso concreto pode revelar nuances que justifiquem a flexibilização do procedimento, a exemplo da possibilidade de juntada pelo impetrante de documentos após a oitiva da autoridade coatora, quando sejam indispensáveis aos olhos do magistrado, ou a realização excepcional de audiência de conciliação.

Feitas todas essas considerações, visualiza-se as fases em que passou o procedimento (da rigidez à elasticidade), pois, partindo-se da época da uniformidade procedimental, passou-se pela fase dos procedimentos especiais (adequação legislativa), chegando-se no estágio atual,

²⁶⁹ O STF já se manifestou: “[...]. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância.” (STF, Ext 986, Rel. Min. Eros Grau, j. 15-8-2007). Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva: “Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no §1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes. (*Comentário Contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181). Outro não é o entendimento de Flávia Piovesan: “Atenta-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, § 1º. Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental.” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91/92)

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 370. Com esse mesmo pensar, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma: “por um lado, principalmente em matéria processual, os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem da edição de leis concretizadoras. Por outro, na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional.” (O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2002, n. 26, p. 653-664). Vale registrar, ainda, a observação de Canotilho: “Aplicação direta não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa. Significa também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 186).

que permite a construção pelo juiz (adequação jurisdicional) e pelas partes (adequação negocial) do procedimento adequado à tutela do direito material no caso concreto.²⁷¹

4.2 DA TÉCNICA PROCESSUAL PREVISTA NO ART. 327, § 2º, DO CPC

4.2.1 Técnica Processual

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira comenta sobre as acepções da expressão “técnica jurídica”, literalmente:

O termo pode ser pensado em várias acepções. Na primeira, a ‘técnica jurídica’ (Rechtstechnik) designa, em oposição à ‘ciência jurídica’ ou ciência dos princípios abstratos (Rechtswissenschaft), a arte de adaptação dos princípios à vida e às circunstâncias concretas, de tempo, lugar e matéria. Numa segunda acepção, a técnica jurídica relaciona-se à elaboração jurídica, de qualquer sorte intelectual, a saber, à análise e ao desenvolvimento dos conceitos (Begriffe), por meio dos quais necessariamente se expressa o direito quando chega ao estágio científico, ou mesmo, mais amplamente, todo o trabalho de sistematização lógica do complexo normativo pelo esforço combinado da doutrina e da jurisprudência. No contexto ora examinado, o que importa, no entanto, é o caráter instrumental do ordenamento jurídico, e especialmente do processo, bem representado por uma terceira acepção, para qual a técnica jurídica visa ao conjunto dos meios e procedimentos para garantir a realização das finalidades gerais ou particulares do direito.²⁷²

Para fins desse trabalho, utilizaremos o termo técnica jurídica nessa terceira acepção (caráter instrumental), no sentido de técnica processual.

A técnica processual consiste nos meios criados pelo legislador para que o processo atinja seu objetivo: prestar tutela de direito de forma efetiva, adequada e tempestiva, mediante processo justo.²⁷³

As técnicas processuais devem ser utilizadas pelo magistrado no caso concreto, ajustando-se às necessidades do direito material em litígio, com a finalidade de se prestar uma tutela

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. III, p. 59.

²⁷² *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78.

²⁷³ Discorrendo sobre a técnica processual, Bedaque afirma: “Processo é o método estatal de solução das crises verificadas no plano do direito material. Ao regulamentá-lo, o legislador procura estabelecer os meios destinados a possibilitar que esse instrumento atinja seu escopo maior. Tenta encontrar os mecanismos mais eficientes. Cria, enfim, a técnica processual. Nessa linha, as especificidades procedimentais constituem aspecto da técnica, pois se pretende que o processo se desenvolva de forma a permitir a adequada solução da controvérsia. Como esta também apresenta peculiaridades, deve haver compatibilidade entre meio e objeto. Assim, também são opções relacionadas com a técnica processual a predominância da palavra oral sobre a escrita (oralidade), a maior ou menor profundidade de cognição, a restrição ou ampliação da iniciativa probatória do juiz, a liberdade ou legalidade das formas, a fungibilidade de meios, o regime de preclusão, a recorribilidade ou não das decisões, a regulamentação dos requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 72-73)

adequada.²⁷⁴ Nessa medida, o direito fundamental a receber, por parte do Estado, tutela de direito de forma adequada, implica no direito à técnica processual diferenciada, que seja adequada às variadas necessidades do direito material em jogo.

À guisa de ilustração, Marinoni, Arenhart e Mitidiero apontam algumas técnicas processuais diferenciadas:

O direito fundamental ao processo adequado redonda no direito às técnicas processuais diferenciadas, adequadas à tutela das diversas necessidades do direito material. Entre essas técnicas estão não só os procedimentos construídos para permitir o acesso da população economicamente menos favorecida à jurisdição (Lei dos Juizados Especiais – Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009) e os procedimentos voltados à tutela de específicas situação de direito substancial (por exemplo, procedimentos das ações possessórias) e dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (por exemplo, Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor, Título III), mas especialmente as técnicas de distribuição do ônus da prova (arts. 373), as técnicas de antecipação da tutela (arts. 294 e ss.), as técnicas de julgamento imediato do pedido no todo ou em parte (arts. 355 e 356), as sentenças diferenciadas (mandamental e executiva, arts. 139, IV, 497 e 498) e os vários meios de execução (multa, busca e apreensão e outros, arts. 139, IV, 536, 537 e 538).²⁷⁵

Como é dever do juiz prestar tutela de direito de forma efetiva e adequada, tratando-se de direito fundamental (art. 5º, XXXV, CF), cabe ao juiz, *ex officio*²⁷⁶, adotar a técnica processual que seja mais efetiva e adequada ao direito material postulado, não havendo óbice para tanto o (i) princípio do dispositivo, pois a técnica processual refere-se a atos internos do processo²⁷⁷, tampouco (ii) a eventual omissão legislativa, pois os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF).

Com efeito, a ausência de previsão legal de técnica processual apropriada para o direito material enseja o dever do juiz de imprimir a técnica processual adequada para o caso

²⁷⁴ “Por técnicas processuais cabe entender procedimentos, sentenças e meios executivos, assim como as técnicas antecipatórias e aquelas destinadas à distribuição adequada do ônus da prova entre as partes. Todas essas técnicas devem poder ser utilizadas pelo juiz conforme as necessidades dos diferentes casos concretos, pois só assim a tutela jurisdicional poderá ser prestada de maneira efetiva. [...] A ação, quando interligada às técnicas processuais, permite que se fale em ação adequada.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 241 e 244, v. I)

²⁷⁵ Ob. Cit., p. 315.

²⁷⁶ Nessa mesma linha de raciocínio (atuação *ex officio* do juiz): “De qualquer forma, os arts. 84 do CDC e art. 497 do CPC dão ao juiz o poder de determinar, para a prestação da tutela do direito, forma diversa da solicitada, assim como meio executivo diferente do requerido. [...] A forma constitui o modo para a tutela do direito (por exemplo, instalação de filtro antipolvente etc), enquanto o meio executivo é o instrumento utilizado para dar-lhe execução ou efetividade (multa etc).” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Ob. Cit., p. 408/409)

²⁷⁷ “Por outro ângulo visual, na sua concepção atual, o princípio dispositivo não abrange os atos próprios da técnica processual, internos ao processo, a exemplo da direção do processo pelo juiz (art. 125 do CPC), e o desenvolvimento do processo por impulso oficial (art. 262, 2ª parte, do CPC).” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Ob. Cit., p. 114)

concreto, em decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, CF).

Isto porque, a Constituição Federal de 1988, de forma inovadora, em seu art. 5º, § 1º, fortemente influenciada pelos ideais da Declaração Universal dos Direitos Humanos e das Constituições dos países da Europa continental, preceitua a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais (não são todas normas constitucionais), o que redundará nos seguintes efeitos: (i) dever por parte dos órgãos estatais de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais, impondo-se a sua aplicação imediata²⁷⁸; (ii) essas normas de direitos fundamentais terão em seu favor uma presunção de serem sempre também de eficácia plena, ou seja, não dependem de regulamentação legal para gerarem imediatamente seus efeitos.²⁷⁹

4.2.2 Art. 327, § 2º, do Código de Processo Civil

²⁷⁸ O STF já se manifestou: “[...]. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância.” (STF, Ext 986, Rel. Min. Eros Grau, j. 15.08.2007). Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva: “Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no §1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes. (*Comentário Contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181). Outro não é o entendimento de Flávia Piovesan: “Atenta-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, § 1º. Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental.” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91/92)

²⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 370. Com esse mesmo pensar, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma: “por um lado, principalmente em matéria processual, os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem da edição de leis concretizadoras. Por outro, na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional.” (O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2002, n. 26, p. 653-664). Vale registrar, ainda, a observação de Canotilho: “Aplicação direta não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa. Significa também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 186).

O art. 327, *caput*, do Código de Processo Civil²⁸⁰, possibilita a cumulação objetiva de pedidos, em um único processo, ainda que entre eles não haja conexão (afinidade substancial).²⁸¹

A cumulação objetiva de pedidos pode ser própria ou imprópria. Na cumulação própria, o autor apresenta mais de um pedido, e pretende o acolhimento de todos eles. De outro lado, na cumulação imprópria, apesar de o autor apresentar mais de um pedido, ele sabe que apenas um de seus pedidos será acolhido.

A cumulação própria se divide em simples e sucessiva. A cumulação própria simples se dá quando as pretensões são autônomas, de forma que não há precedência lógica de análise entre os pedidos (v.g., pedido de condenação em dano material e em dano moral). A cumulação própria sucessiva ocorre quando há precedência lógica na análise dos pedidos, de forma que o segundo pedido apenas será analisado se acolhido o primeiro pedido (v.g., pedido de declaração de inexigibilidade de relação tributária e condenação à repetição do indébito).

De outro giro, a cumulação imprópria se divide em eventual e alternativa. Na cumulação imprópria eventual (também conhecida como subsidiária), o segundo pedido apenas será apreciado caso não acolhido o primeiro pedido, de modo que há relação de preferência entre os pedidos formulados (art. 326, *caput*, CPC). Acolhido o pedido principal, dispensar-se-á o exame do pedido secundário (v.g., pedido de declaração de inconstitucionalidade da multa e pedido de redução do valor da multa). Por fim, na cumulação imprópria alternativa, o autor apresenta mais de um pedido, sabendo que apenas um dele será atendido, mas não aponta relação de preferência, tal como prevê o no art. 326, parágrafo único, CPC (v.g., pedido de substituição do produto defeituoso ou restituição do valor gasto).

O art. 327, § 1º, do CPC, preconiza que são requisitos de admissibilidade da cumulação que:

i) os pedidos sejam compatíveis entre si; ii) seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; iii) seja adequado o tipo de procedimento para todos os pedidos.

²⁸⁰ Art. 327, *caput*: “É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.”

²⁸¹ O STJ admite também a cumulação subjetiva de pedidos, desde que configurada hipótese de conexão: “[...]. 2. É assente nesta Corte a possibilidade de cumulação de pedidos, nos termos do art. 292 do Código de Processo Civil, quando houver na demanda ponto comum de ordem jurídica ou fática, ainda que contra réus diversos. 3. A expressão “contra o mesmo réu” referida no art. 292 do CPC deve ser interpretada cum grano salis, de modo a se preservar o fundamento técnico-político da norma de cumulação simples de pedidos, que é a eficiência do processo e da prestação jurisdicional. 4. Respeitados os requisitos do art. 292, § 1º, do CPC (= compatibilidade de pedidos, competência do juízo e adequação do tipo de procedimento), aos quais se deve acrescentar a exigência de que não cause tumulto processual (pressuposto pragmático), nem comprometa a defesa dos demandados (pressuposto político), é admissível, inclusive em ação civil pública, a cumulação de pedidos contra réus distintos e atinentes a fatos igualmente distintos, desde que estes guardem alguma relação entre si. [...]” (AgRg no REsp 953.731/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 02.10.2008). Nesse mesmo sentido: STJ, CC 128.277/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. em 23.10.2013; STJ, REsp 1202556/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 02.02.2011.

Em primeiro lugar, mister se faz que os pedidos sejam compatíveis entre si. Pedidos compatíveis são aqueles que não se excluem mutuamente.²⁸² Caso os pedidos sejam incompatíveis, cabe ao magistrado intimar o autor para emendar a inicial, dando-lhe a opção de escolher um de seus pedidos. Não se exige compatibilidade de pedidos para a cumulação imprópria (eventual ou alternativa), pois o autor pretende o acolhimento apenas de um dos pedidos (art. 327, § 3º, do CPC).

Em segundo lugar, o juízo deve ser absolutamente competente para examinar todos os pedidos cumulados. Logo, tratando-se de incompetência absoluta, deve o juiz julgar apenas o pedido do qual é competente, extinguindo-se em relação ao qual não é competente.²⁸³ Na hipótese de incompetência relativa, se houver conexão entre os pedidos, inexistirá óbice para a cumulação, em razão da modificação legal da competência (art. 55, CPC).²⁸⁴ E, mesmo ausente conexão, os pedidos poderão ser apreciados conjuntamente pelo mesmo juízo, caso não alegada a incompetência relativa em preliminar de contestação pelo réu, o que acarretará a prorrogação da competência (art. 65, CPC).

Por derradeiro, impõe-se que o procedimento seja adequado para a tramitação de todos os pedidos cumulados. Caso o procedimento seja inadequado para todos os pedidos, cabe ao magistrado intimar o autor para emendar a inicial, dando-lhe a opção de escolher o pedido que seja adequado àquele procedimento por ele optado.

Quando se tratar de pedidos sujeitos ao procedimento especial (mesmo que previsto em legislação extravagante²⁸⁵) e ao procedimento comum, afigura-se possível a cumulação de pedidos, desde que seja adotado o procedimento comum, que, por ser mais amplo, possibilita maior ampla defesa por parte do requerido, inexistindo prejuízo ao mesmo²⁸⁶, conforme estatui o art. 327, § 2º, do CPC.²⁸⁷

Contudo, nem todo procedimento especial pode ser convertido ao procedimento comum, pois os procedimentos especiais apresentam-se como facultativos ou cogentes. Tratando-se de

²⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 419.

²⁸³ Enunciado n. 170 da Súmula do STJ: “compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com o pedido remanescente, no juízo próprio.”

²⁸⁴ Enunciado n. 289 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Se houver conexão entre pedidos cumulados, a incompetência relativa não impedirá a cumulação, em razão da modificação legal da competência.”

²⁸⁵ Enunciado n. 506 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A expressão ‘procedimentos especiais’ a que alude o §2º do art. 327 engloba aqueles previstos na legislação especial.”

²⁸⁶ Nesse mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1563983/ES, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 26.04.2016; STJ, Resp. 413.685, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 05.10.2006.

²⁸⁷ “Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.”

procedimentos especiais facultativos, em que o ordenamento jurídico possibilita que pedidos sujeitos a procedimentos especiais sejam também formulados via procedimento comum, não há óbice à regra do art. 327, § 2º, do CPC, aplicando-se a conversibilidade do procedimento especial em procedimento comum. À guisa de exemplo, cite-se a ação de mandado de segurança, a ação possessória e a ação monitória.

De outro lado, cuidando-se de procedimentos especiais cogentes, em que os procedimentos são criados para atender interesse público, sendo obrigatório e inderrogável pela vontade das partes, não se lhes afigurando possível optar pelo procedimento comum, não se lhes aplica a regra do art. 327, § 2º, do CPC. São exemplos a ação de inventário, a ação de interdição e a ação de desapropriação.²⁸⁸

Na verdade, a possibilidade de cumulação objetiva de pedidos que correspondem a tipos diversos de procedimentos, adotando-se o procedimento comum, tal como estampada no art. 327, § 2º, do CPC/2015, já estava prevista no art. 292, § 2º, do CPC/1973, nos seguintes termos: “quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.”

Entrementes, o novel art. 327, § 2º, do CPC/2015 inovou, ao permitir que no procedimento comum sejam empregadas “as técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.”

Vale dizer: o art. 327, § 2º, do CPC/2015, além de autorizar a cumulação objetiva de pedidos que correspondem a tipos diversos de procedimentos, tal como já previa o art. 292, § 2º, do CPC/1973, foi além, permitindo-se que sejam empregadas as técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais, desde que não sejam incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Comentando essa inovação legal, vale transcrever o magistério de Fredie Didier Jr:

²⁸⁸ Com esse mesmo raciocínio: DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 575-576, v. I. Assim também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “[...]. De acordo com o art. 292, § 1º, III e § 2º, do CPC, a cumulação de pedidos se sujeita, entre outros requisitos, à identidade de procedimento ou à possibilidade de que todos os pedidos sejam processados pelo rito ordinário. - Em nosso sistema processual prevalece a regra da indisponibilidade do procedimento, segundo a qual as partes não podem alterar a espécie procedimental prevista para determinada situação litigiosa. Todavia, há situações em que o ordenamento jurídico possibilita que pedidos sujeitos a procedimentos especiais sejam também formulados via procedimento comum, como é o caso das ações possessórias e monitórias. - Dessa forma, a partir de uma análise sistemática do CPC, conclui-se que a regra do art. 292, § 2º, não se aplica indiscriminadamente, alcançando apenas os pedidos sujeitos a procedimentos que admitam conversão para o rito ordinário. [...]” (REsp nº 993.535/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 06.04.2010). Nesse mesmo diapasão: STJ, Resp n. 1.277.041/RR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, decisão monocrática, DJ 07.03.2016.

Se os pedidos corresponderem a procedimentos diversos, ainda assim a cumulação será possível, se puderem ser processados pelo procedimento comum. Neste caso, o legislador, corretamente, determina que se adapte o procedimento comum, de modo a inserir técnica processual diferenciada que com ele não seja incompatível (art. 327, § 2º, CPC). Por exemplo: a técnica da cognição limitada no procedimento possessório (irrelevância da alegação de domínio) pode ser inserida no procedimento comum, caso se cumulem pedidos possessório e de resolução de contrato. Se isso ocorrer, o procedimento seria o comum, mas a cognição, em relação ao pedido possessório, seria limitada. Esse dispositivo, cujo alcance ainda precisa ser dimensionado, é muito rico. Dele pode-se extrair a conclusão de que o procedimento comum é adaptável, maleável, flexível; de que ele é receptivo à incorporação, ainda que episódica, de técnicas diferenciadas pensadas para procedimentos especiais. O procedimento comum passa a ser território propício para a imigração de ajustes procedimentais desenvolvidos para a tutela de determinados direitos. Essa cláusula geral pode ser a fonte normativa da reafirmação e do desenvolvimento do princípio da adequação do procedimento.²⁸⁹

A nosso ver, não se trata de aglutinação de duas espécies de procedimentos (especial e comum) em uma única ação, sob o procedimento comum, combinando as técnicas de ambos procedimentos (especial e comum). A cumulação é de pedidos (não de procedimentos), de modo que o procedimento é único, qual seja, aquele sob o procedimento comum, porém, afigura-se possível invocar as técnicas processuais diferenciadas dos procedimentos especiais, se compatíveis.

Dito de outra forma: mesmo que aplicáveis as técnicas processuais diferenciadas dos procedimentos especiais, se compatíveis, o procedimento permanece sendo o comum, e não uma junção do procedimento especial e do procedimento comum. A compatibilidade é das técnicas processuais, e não dos procedimentos.

Essa premissa é de grande relevância, pois influencia a forma como se interpretará a compatibilidade, ou não, das técnicas processuais diferenciadas dos procedimentos especiais no procedimento comum.

A inovação legal do art. 327, § 2º, do CPC, vem ao encontro, diretamente, do objetivo do processo: prestar tutela de direito de forma efetiva, adequada e tempestiva.

A efetividade significa a realização do direito material através do processo, até porque direito existe para ser realizado²⁹⁰. A propósito, quadra rememorar o clássico postulado da “máxima

²⁸⁹ *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 575, v. I.

²⁹⁰ “O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza com direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência”. (JHERING, Rudolf Von. *Géis des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 2, Abteilung 2, Unveränderter Neudruck der 5. [letzten veränderten] Auflage Leipzig 1898, Aalen, Scientia Verlag, 1968, n. XXXVIII, p. 32, t. III, n. 43, p. 17, da edição espanhola de 1910, trad. Enrique Príncipe y Satorres, Madrid, Editorial Bailly-Bailliere, *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 244)

coincidência” de Chiovenda, segundo a qual "o processo deve dar a quem tem um direito, na medida do possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de conseguir".²⁹¹ Em outras palavras: a efetividade está voltada aos resultados do processo²⁹², já que este tem como fim prestar a tutela jurisdicional de direitos.²⁹³ Pretende-se, assim, no âmbito da efetividade, extrair do processo o maior rendimento possível, que é uma das diretrizes do Código de Processo Civil de 2015, pois de nada adianta possibilitar a cumulação de pedidos, em um único processo, que correspondem a tipos diversos de procedimentos, se inaplicáveis as técnicas processuais diferenciadas dos procedimentos especiais.

A par disso, o processo tem de ser adequado para prestar a tutela dos direitos, ou seja, capaz de promover a realização do direito material (meio idôneo para promover o fim)²⁹⁴. A adequação aponta a necessidade do exame do direito substancial controvertido para, só então, estruturar-se um processo dotado de técnicas processuais idôneas para o fim. Portanto, afigura-se possível definir a adequação da tutela jurisdicional como a aptidão desta para realizar a eficácia prometida pelo direito material, com a maior efetividade e segurança possíveis (conciliação desses dois valores).²⁹⁵

Do direito à tutela adequada, exsurge o princípio da adequação jurisdicional. Conforme já assinalado, os procedimentos especiais, criados abstrata e previamente pelo legislador, não são suficientes, em todas os casos, para atender um dos objetivos do processo: prestar tutela jurisdicional de direito de forma adequada. Posta assim a questão, o dever de prestar tutela adequada desloca-se do legislador para o juiz. Logo, hodiernamente, o processo não deve apenas ser estruturado, prévia e legalmente, para atender às necessidades do direito material,

²⁹¹ “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há un diritto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell’azione nascente dal contrato preliminare. Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), Milano: Giuffrè, 1993, p. 110, v. I).

²⁹² “O processo civil de hoje é necessariamente um processo civil de resultados, porque sem bons resultados, e efetivos, o sistema processual não se legitima. A nova era que se anuncia inclui a visão atualizada da figura do Juiz no processo, com deveres de participação e diálogo e com empenhada responsabilidade pelo modo como sua atividade repercutirá na vida dos usuários do sistema.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nasce um novo processo civil. Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 51)

²⁹³ “Hoje não se discute mais sua independência e autonomia (processo). Debate-se, todavia, a respeito da sua efetividade, que, em última análise, significa que o processo deve proporcionar a total proteção ao direito substancial. Isto é, somente se pode falar em efetividade do processo se o seu resultado for socialmente útil, proporcionando ao titular de um direito, em cada caso concreto, o acesso à ordem jurídica justa. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 56)

²⁹⁴ Andre Proto Pisani realça a necessidade do direito processual fornecer tutela jurisdicional adequada para a proteção de situação específica: “Specificando, quindi, quanto detto poco fa, é possibile ora dire che il diritto sostanziale - sul piano della effettività, della giuridicità, non della sola declamazione contenuta nella carta stampata - esiste nella misura in cui il diritto processuale predispone procedimenti, forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifici bisogni di tutela delle singole situazioni di vantaggio affermate dalle norme sostanziali.” (*Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994, p. 6)

²⁹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

mas deve também conferir às partes e ao juiz ajustar os procedimentos às particularidades da demanda, no caso concreto.²⁹⁶

Esse é o espírito do novel art. 327, § 2º, do CPC, ao permitir a cumulação de pedidos que correspondem a diversos tipos de procedimentos, mantendo-se, todavia, as técnicas processuais diferenciadas relativas aos procedimentos especiais, quando compatíveis, de forma que o procedimento se torna flexível, adaptável à causa em concreto.

O referido dispositivo legal também está em consonância com a duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CF). O clamor por uma Justiça mais célere é um anseio de todo o cidadão, em toda a parte do mundo, que “bate às portas” do Poder Judiciário buscando a tutela jurisdicional de seus direitos. Como muitas das tutelas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais visam, precipuamente, a tempestividade do processo, a exemplo da eficácia imediata da sentença na ação de mandado de segurança, conclui-se que o art. 327, § 2º, do CPC contribuirá para esse desiderato.

4.3 UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS DIFERENCIADAS DO MANDADO DE SEGURANÇA NA AÇÃO TRIBUTÁRIA SOB O PROCEDIMENTO COMUM

Com fulcro nessas premissas, analisa-se a possibilidade de aplicação do art. 327, § 2º, do CPC, à pretensão mandamental, ou seja, se se afigura possível cumular, em único procedimento comum, pedido que comporte o procedimento especial do mandado de segurança, e pedido que comporte apenas o procedimento comum, mantendo-se, todavia, no bojo do procedimento comum, as técnicas processuais diferenciadas previstas no procedimento especial do mandado de segurança (Lei Federal n. 12.016/2009).

Para melhor visualização da questão, trazemos à baila um exemplo típico da praxe forense tributária.³⁰⁷

Um contribuinte possui três pretensões para serem tuteladas em juízo: (i) pedido declaratório, intentando obter provimento jurisdicional que declare a ilegalidade de cobrança de tributo incidente sobre sua renda, em virtude de inexistência de relação jurídico-tributária por se tratar de verba indenizatória; (ii) pedido de natureza mandamental, pretendendo obter provimento jurisdicional que imponha à Fazenda Pública obrigação de não fazer, consistente

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 456, v. I.

³⁰⁷ Ressalta-se que, por força de corte metodológico deste trabalho, este volta-se para a matéria tributária. Entretanto, as premissas fincadas a respeito da utilização das técnicas processuais diferenciadas do mandado de segurança no procedimento comum aplicam-se, de igual forma, para outros ramos de direito, a exemplo do direito administrativo.

em se abster de levar a cabo o lançamento tributário do tributo em tela; (iii) pedido condenatório (repetição de indébito tributário), objetivando a condenação da Fazenda Pública a restituir (obrigação de pagar) os valores dos tributos por ele recolhidos indevidamente, nos últimos 05 (cinco) anos antes do ajuizamento da ação.

Para esses três pedidos, o contribuinte possui prova documental comprobatória e suficiente dos fatos alegados (prova pré-constituída), não sendo necessária a produção de outros tipos de prova (testemunhal, pericial ou inspeção judicial), dispensando-se, portanto, dilação probatória.

No entanto, em virtude de um dos pedidos apresentar natureza condenatória das parcelas pretéritas à impetração, pretensão esta que seria vedada pela via da ação mandamental (mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança), caso se seguisse o modelo do art. 292, § 2º, do CPC/1973, restaria ao contribuinte duas opções: (a) ou ajuizaria duas ações separadas, ou seja, primeiramente a ação de mandado de segurança (buscando a declaração de ilegalidade da cobrança do tributo e a abstenção do lançamento tributário) e, via de regra, somente após o trânsito em julgado da ação mandamental (se procedente), intentaria a ação sob o procedimento comum³⁰⁸ (buscando a repetição do indébito tributário)³⁰⁹; (b) ou

³⁰⁸ A jurisprudência pátria não tem admitido o cumprimento da sentença concessiva do mandado de segurança, para recebimento das parcelas vencidas anteriormente ao ajuizamento da ação, ao argumento de que é necessário o ajuizamento de ação de conhecimento para tal fim (art. 14, § 4º, da Lei Federal n. 12.016/2009). Nesse sentido: “[...]. 2. Mandado de segurança não é sucedâneo de ação de cobrança; os efeitos financeiros de seu ajuizamento somente retroagem à data do ajuizamento (súmulas 269 e 271 do STF). 3. Adequada a pretensão autoral no sentido de reclamar, por meio desta ação ordinária, o pagamento das parcelas pretéritas, cujo direito foi reconhecido em decisão proferida em autos de mandado de segurança. [...]” (TRF 1, Autos n. 00011343520074013304, Rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, j. em 23.02.2016). E mais: “[...]. 2. Ante o referido trânsito em julgado da decisão prolatada na via do mandado de segurança, a qual reconheceu o direito do segurado ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, o direito às parcelas vencidas é medida que se impõe como legítima. 3. “A decisão de mérito definitiva proferida na ação mandamental fez coisa julgada material, descabendo na presente ação ordinária, em que se pretende o pagamento de parcelas pretéritas ao ajuizamento do writ, julgar novamente a matéria objeto daqueles autos” (AMS 0033330-30.2004.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal Néviton Guedes, TRF da 1ª Região - Primeira Turma, e-DJF1 p. 227 de 06/08/2014). Com efeito, não cabe discussão sobre a validade do pagamento a ser efetuado em ação de cobrança, devendo eventual excesso ser demonstrado na fase de execução. 4. Nesse contexto, justamente por não ser, o mandado de segurança, o meio processual apropriado para a cobrança de valores pretéritos (Súmulas nº 269 e 271, ambas do STF), são devidas à parte autora, portanto, as parcelas do benefício vindicado no período compreendido entre a data de entrada do requerimento administrativo e a data imediatamente anterior à impetração. 5. Entretanto, não há como prevalecer o mesmo entendimento quanto às parcelas posteriores à referida data. Tais parcelas são objeto da ação mandamental, devendo sua execução ser promovida nos próprios autos do mandado de segurança, já que se trata de valor devido após o ajuizamento da referida ação. [...]” (TRF 1, Autos n. 00211821620064013800, Rel. Juiz Federal Murilo Fernandes de Almeida, j. em 18.08.2017)

³⁰⁹ Caso o contribuinte ajuíze a ação de conhecimento de repetição de indébito antes do trânsito em julgado da ação mandamental, ocorrerá hipótese de conexão pela identidade de causa de pedir (art. 55, CPC), devendo a ação mandamental e a ação ordinária tramitar simultaneamente. Na hipótese de inexistência de conexão (v.g. competência absoluta ou já proferida sentença no *writ*), como a análise da inexigibilidade da relação jurídicotributária é prejudicial ao exame da repetição de indébito, recomenda-se a suspensão da ação ordinária até o julgamento definitivo da ação mandamental, na forma do art. 313, V, “a”, do CPC (suspensão por prejudicialidade), até porque o recebimento de créditos judiciais da Fazenda Pública apenas se dá através de

ajuizaria uma única ação, sob o procedimento comum, postulando essas três pretensões em cumulação objetiva de pedidos.

Todavia, essas duas opções não estão em harmonia com o direito constitucional do jurisdicionado a receber a prestação de tutela de direito de forma efetiva, adequada e tempestiva, prejudicando-lhe no plano fático.

Com efeito, ao escolher pela primeira opção (duas ações em separado), a despeito do contribuinte se valer das técnicas processuais diferenciadas da ação de mandado de segurança em relação a dois de seus três pedidos, a satisfação completa da pretensão do contribuinte (com a efetiva restituição dos valores desembolsados – repetição de indébito tributário) custaria significativo tempo e dinheiro, pois seria necessário o ajuizamento de duas ações em separado, sendo a segunda ação (pedido condenatório) ajuizada, em regra, apenas quando do trânsito em julgado da primeira (ação mandamental), o que vai de encontro aos princípios constitucionais da efetividade e da duração razoável do processo, além de gerar dispêndios financeiros desnecessários para as partes, e inclusive para o Poder Judiciário, pois a máquina judiciária seria movimentada duas vezes para discutir um mesmo fato, ainda que sob ângulos jurídicos diversos.

De outro lado, ao escolher a segunda opção (única ação – cumulação de pedidos), em que pese a economia processual pela existência de apenas um processo, como se impõe a observância das regras do procedimento comum para as três pretensões, o autor seria tolhido do emprego das técnicas processuais diferenciadas criadas para dar efetividade e celeridade ao procedimento especial do mandado de segurança, em relação àqueles dois primeiros pedidos (declaratório e mandamental) que comportariam o *writ*.

Enfim, ambas opções redundam prejuízo concreto para o contribuinte.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, com fundamento no art. 327, § 2º, no exemplo ora narrado, abrir-se-á uma terceira via: ajuizamento de uma única ação, em cumulação objetiva de pedidos, sob o procedimento comum, mas mantendo as técnicas processuais diferenciadas do mandado de segurança, em relação àqueles pedidos que seriam suscetíveis de postulação na via mandamental (declaração de ilegalidade da cobrança do

requisitório de pagamento (Precatório ou RPV), após o trânsito em julgado da sentença judicial que reconheça o débito (art. 100, § 5º, CF; art. 28 da LDO 2017 – Lei Federal n. 13.408/2016). Vê-se, portanto, que é de pouca vantagem o ajuizamento da ação ordinária antes do trânsito em julgado da ação mandamental, pois custará dinheiro e energia humana, além de sobrecarregar mais ainda o Judiciário, sendo que o não ajuizamento da ação ordinária não influenciará na prescrição, uma vez que a impetração do mandado de segurança interrompe e suspende a fluência do prazo prescricional, de modo que somente após o trânsito em julgado da decisão nele proferida é que voltará a fluir, pela metade do prazo, a prescrição da ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente referentes ao quinquênio que antecedeu a propositura do *writ*. (STJ, AgRg no AREsp 162.452/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. em 20.06.2017).

tributo/declaratório e abstenção de lançamento tributário/mandamental), e naquilo em que for compatível com o procedimento comum. Ou seja: o contribuinte aproveitaria o melhor dos regimes das duas opções previstas no Código de Processo Civil de 1973, conciliando-se efetividade, celeridade, adequação e economia processual.

Insta consignar que não há empecilho para cumulação, em um único processo sob o procedimento comum, de pedidos que comportem procedimento especial de mandado de segurança e procedimento comum, tal como o exemplo narrado acima, pois atendidos, ao menos em tese, os requisitos de admissibilidade previstos no art. 327, §§ 1º e 2º, do CPC, a saber: (i) os pedidos são compatíveis entre si; (ii) o juízo seria absolutamente competente para conhecer de todos pedidos; (iii) o procedimento empregado seria o comum; (iv) o procedimento comum é adequado para todos os pedidos, notadamente porque a utilização do procedimento especial de mandado de segurança revela-se como facultativo (não cogente).

Nesse mesmo rumo de ideia, ainda que pensada em menor extensão, escrevem Mazzei e Gonçalves:

Do mesmo modo, parece-nos inteiramente possível a cumulação da pretensão mandamental, própria para ser deduzida em ação de mandado de segurança, com pretensão condenatória de reparação de danos referentes a períodos pretéritos à impetração e que são decorrentes do ato coator, cuja ilegalidade se pretende fazer cessar. Quanto à pretensão mandamental, já que em torno dela é dispensada a produção de outras provas que não a documental acostada à inicial, pode o juiz se valer da técnica do julgamento antecipado parcial do mérito, prosseguindo o processo em relação à pretensão da condenação.³¹⁰

No entanto, para se valer do permissivo inserto no art. 327, § 2º, do CPC, qual seja, o emprego, no procedimento comum, das técnicas processuais diferenciadas previstas no procedimento especial do mandado de segurança a que sujeitam um ou mais pedidos cumulados, impõe-se que esses pedidos atendam aos requisitos constitucionais de cabimento do mandado de segurança, a saber, (i) proteção de direito (*rectius*: fato) líquido e certo³¹¹, (ii) quando o responsável pela ilegalidade (iii) for autoridade pública ou a ela equiparada, (iv) não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*.³¹²

De outro giro, para aqueles pedidos apresentados no procedimento comum que não atendam aos requisitos constitucionais de cabimento do *writ*, não se revela possível empregar as

³¹⁰ MAZZEI, Rodrigo; GONCALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais. In: Cassio Sarpinella Bueno. (Org.). PRODIREITO. Direito Processual Civil. *Programa de atualização em Direito: Ciclo I*. 1.ed. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015, p. 116, v. II.

³¹¹ Por conta disso, é necessário que esses pedidos formulados no procedimento comum não demandem dilação probatória, tal como ocorre na ação mandamental, devendo o processo ser julgado antecipadamente (integral ou parcial, a depender dos outros pedidos cumulados formulados) o mérito, na forma dos arts. 355 e 356 do CPC.

³¹² Para o estudo desses requisitos constitucionais de cabimento do *writ*, consultar o tópico nº 3.4.

técnicas processuais diferenciadas do *mandamus*, pois, como é curial, apenas se afigura possível aplicar as técnicas processuais da ação constitucional de mandado de segurança para o direito material que se apresente como tal em juízo (fato líquido e certo, decorrente de ilegalidade praticada por ato de autoridade, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*), de forma que tais pedidos pudessem ter sido veiculados, de forma autônoma, através da ação mandamental.

No exemplo por nós apresentado, partindo da premissa que foram atendidos os requisitos constitucionais de cabimento do *mandamus*, ajuizada ação sob o procedimento comum em cumulação objetiva de pedidos, empregar-se-ia as técnicas processuais diferenciadas do mandado de segurança apenas em relação aos pedidos declaratório (inexistência de relação jurídico-tributária) e mandamental (abstenção de lançamento tributário), pois tais pedidos poderiam ter sido veiculados em ação autônoma do *writ*, pois violado fato líquido e certo, decorrente de ilegalidade praticada por autoridade, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*. De outra banda, no que tange ao pedido condenatório (repetição de indébito tributário), como tal pleito não é cabível em sede de mandado de segurança, pois este não figura como substitutivo de ação de cobrança, seria vedado o emprego das técnicas diferenciadas do *mandamus*, devendo-se adotar, para esse pedido, apenas as técnicas processuais previstas no Código de Processo Civil.

Cabe, agora, examinar quais são as técnicas processuais diferenciadas previstas no procedimento especial do mandado de segurança (Lei Federal n. 12.016/2009), para, após, analisar quais dessas técnicas são compatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

4.3.1 Técnicas processuais diferenciadas do Mandado de Segurança

Elencam-se as seguintes técnicas processuais diferenciadas previstas no procedimento especial do mandado de segurança (Lei Federal n. 12.016/2009), não reproduzidas no procedimento comum do Código de Processo Civil, a saber: (i) dever de exibição de documento pelo órgão público, incidentalmente (art. 6º, §§ 1º e 2º)³¹³; (ii) notificação da

³¹³ Art. 6º, § 1º. No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

§ 2º Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.

autoridade coatora para prestar informações no prazo de 10 (dez) dias (art. 7º, I)³¹⁴; (iii) ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada (art. 7º, II)³¹⁵; (iv) competência absoluta em razão da graduação hierárquica e da sede da autoridade coatora; (v) oitiva obrigatória do Ministério Público (art. 12)³¹⁶; (vi) remessa necessária obrigatória (art. 14, § 1º)³¹⁷; (vii) legitimidade recursal da autoridade coatora (art. 14, § 2º)³¹⁸; (viii) eficácia imediata da sentença, cuja apelação, em regra, não é dotada de efeito suspensivo (art. 14, § 3º)³¹⁹; (ix) prioridade para julgamento da ação mandamental (art. 20)³²⁰; (x) prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração (art. 23)³²¹; (xi) ausência de condenação em honorários advocatícios (art. 25)³²²; (xii) vedação de cabimento de embargos infringentes (art. 25)³²³.

Analisemos individualmente essas técnicas diferenciadas.

4.3.1.1 Dever de exibição de documento

Concernente ao dever de exibição de documento pelo órgão público, decorrente de ordem judicial, incidentalmente, no processo (art. 6º, §§ 1º e 2º, Lei Federal n. 12.016/2009), esse dispositivo legal não encontra óbice para aplicação no procedimento comum, pois este também prevê a exibição de documento incidentalmente no processo (arts. 396 a 398, CPC)³²⁴, a despeito da regulação de seu cabimento ser mais criteriosa, tornando-se o

³¹⁴ Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

³¹⁵ Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

³¹⁶ Art. 12. Findo o prazo a que se refere o inciso I do caput do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias.

³¹⁷ Art. 14, § 1º. Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

³¹⁸ Art. 14, § 2º. Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

³¹⁹ Art. 14, § 3º. A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

³²⁰ Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*.

³²¹ Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

³²² Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

³²³ Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

³²⁴ Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder.

Art. 397. O pedido formulado pela parte conterà:

dispositivo legal da lei de mandado de segurança mais amplo, o que favorece o jurisdicionado em face do Poder Público. Portanto, inexistente incompatibilidade com o procedimento comum.

4.3.1.2 Notificação da autoridade coatora para prestar informações

Respeitante à notificação da autoridade coatora para prestar informações no prazo de 10 (dez) dias (art. 7º, I, da Lei Federal n. 12.016/2009), para não implicar tumulto processual e redundar, inclusive, em desperdício de atos processuais, dever-se-á seguir, de forma uniforme, a técnica do procedimento comum para todos pedidos, devendo-se levar a termo apenas a citação da Fazenda Pública para apresentar contestação no prazo de 30 dias (art. 335 do CPC), figurando no polo passivo da lide somente a pessoa jurídica a que integra a autoridade coatora (e não esta)³²⁵. Caso contrário, teríamos dois tipos diferentes de atos processuais para a ciência do conteúdo da exordial: citação da Fazenda Pública em relação aos pedidos que dissessem respeito ao procedimento comum, e notificação da autoridade coatora em relação aos pedidos que se referissem apenas ao mandado de segurança. Isso não está em consonância com as diretrizes de simplificação, de duração razoável do processo e de economia processual do Código de Processo Civil de 2015.

A par disso, nunca é demais lembrar que o procedimento é único, qual seja, o comum, e não a junção de dois procedimentos (especial e comum), conforme já assinalado em linhas pretéritas.

Logo, é incompatível o disposto no art. 7º, inciso I, da Lei Federal n. 12.016/2009, com o procedimento comum.

4.3.1.3 Ciência ao órgão de representação judicial

Por conseguinte, como a autoridade coatora não figurará no polo passivo da demanda do procedimento comum, mas apenas a pessoa jurídica a qual integra, representada em juízo pelo advogado público, torna-se despiciente a ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada (art. 7º, II, da Lei Federal n. 12.016/2009), pois o advogado

I - a individuação, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa; II - a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa; III - as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

Art. 398. O requerido dará sua resposta nos 5 (cinco) dias subsequentes à sua intimação. Parágrafo único. Se o requerido afirmar que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade.

³²⁵ Não há óbice de legitimidade para tanto, pois é a pessoa jurídica que figura como parte no polo passivo do *writ*, e não a autoridade coatora, pois é aquela que sofre as consequências jurídicas desfavoráveis da sentença.

público já apresenta em juízo os entes federados (art. 75, I a III, CPC). Incompatível, portanto, o disposto no art. 7º, inciso II, da Lei Federal n. 12.016/2009, com o procedimento comum.

4.3.1.4 Competência absoluta em razão da qualidade e da sede da autoridade coatora

A competência para o processamento da ação de mandado de segurança é *sui genesis*, pois agrega quatro critérios, examinados em ordem preferencial da seguinte forma: (i) graduação hierárquica da autoridade; (ii) matéria em litígio (eleitoral ou trabalhista); (iii) qualificação de autoridade (federal ou local); (iv) território.

O primeiro critério que deva ser apreciado, e que prevalece sobre os demais, consiste na graduação hierárquica da autoridade, ou seja, a hierarquia da autoridade, em virtude de gozar de foro especializado para julgamento nos tribunais superiores (competência originária).

Dispõe o art. 102, I, “d”, da CF, que compete ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar, originariamente, “o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal”³²⁶, bem como os mandados de segurança contra autoridades do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público” (alínea “d”).

A par disso, prescreve o art. 105, I, “b”, da CF, que compete ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar, originariamente, “os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal.”

Não se enquadrando a autoridade coatora nessas hipóteses constitucionais que autorizam a competência originária dos Tribunais Superiores para processamento do *writ* (competência em razão da graduação hierárquica da autoridade), cabe verificar a especificidade da matéria, se eleitoral, trabalhista ou comum (federal ou estadual), sendo esta última (matéria comum) critério residual.

O art. 121 da CF prescreve que “lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.”

³²⁶ O STF não admite mandado de segurança contra decisão monocrática de seus Ministros, matéria esta decidida pela sistemática da repercussão geral. (MS 28982 AgR, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16/09/2010)

O art. 35, inciso III, do Código Eleitoral (Lei Federal n. 4.737/1965), por sua vez, dispõe que compete aos juízes “decidir *habeas corpus* e mandado de segurança, em matéria eleitoral, desde que essa competência não esteja atribuída privativamente à instância superior.”

Assim, à exceção da competência originária das instâncias superiores, cabe à Justiça Eleitoral processar e julgar mandado de segurança que (i) envolva matéria estritamente eleitoral (art. 22, I, e, e 29, I, e, do Código Eleitoral - Lei Federal n. 4.737/1965)³²⁷, ou (ii) contra quaisquer atos dos membros do próprio Tribunal, ainda que de cunho administrativo, na forma do art. 21, VI, da LOMAN (LC n. 35/1979)³²⁸, por se tratar de norma especial e posterior em relação ao Código Eleitoral.

Preceitua o art. 114, IV, da CF, que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar “os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição.”

A matéria sujeita à jurisdição trabalhista, em suma, é aquela decorrente de relação de trabalho (regime celetista)³²⁹, ainda que decorrente de emprego público, não abrangendo, todavia, a (i) simples prestação de serviço regida pelo Direito Civil (competência da justiça comum – estadual ou federal –, a depender da parte), (ii) e exercício de cargo público (regime estatutário)³³⁰ ou função pública decorrente de contrato temporário (relação jurídico-administrativa)³³¹, regidas pelo Direito Administrativo.

³²⁷ Matéria eleitoral não se confunde com atos administrativos praticados pela Justiça Eleitoral, os quais, por emanarem de autoridade federal, são passíveis de mandado de segurança perante à Justiça Federal. Assim já se manifestou o STF: “Cabe ao juízo da vara federal com atuação no domicílio do impetrante julgar mandado de segurança mediante o qual se insurge contra ato do procurador regional eleitoral destituindo-o da função de promotor eleitoral.” (CC 7.698, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13-5-2014, 1ª Turma)

³²⁸ Art. 21. Compete aos tribunais, privativamente: [...]. VI - julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções.

³²⁹ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - as ações que envolvam exercício do direito de greve; III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV - os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

³³⁰ “INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.” (STF, ADI 3395 MC, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 05/04/2006)

³³¹ “Reclamação. Contrato temporário. Regime jurídico administrativo. Descumprimento da ADI 3.395. Competência da Justiça Federal. Contrato firmado entre a Anatel e a Interessada tem natureza jurídica

Vale dizer: cabe à Justiça de Trabalho processar mandado de segurança contra atos, de natureza trabalhista (ainda que provenha de órgão federal no exercício de função pública delegada)³³² ou judicial (praticado pelos juízes na função jurisdicional), que tratem de matérias relacionadas a questões trabalhistas, exceto se a autoridade apontada coatora possui foro específico no STF ou STJ, a exemplo de Ministro de Estado, quando, então, o mandado de segurança deverá ser intentado no STJ, ainda que se trate de matéria trabalhista, pois o critério da graduação hierárquica da autoridade prevalece sobre o critério da matéria.³³³

Não se tratando de autoridade cujo julgamento compete originariamente aos Tribunais Superiores (competência em razão da graduação hierárquica de autoridade), e não se cuidando de matéria eleitoral ou trabalhista (competência em razão da matéria), a competência do mandado de segurança será comum (federal ou estadual), e será definida pela qualidade da autoridade (federal ou local).

O que fixa a competência da Justiça Federal para o julgamento do mandado de segurança é (i) a presença de autoridade federal no polo passivo da demanda (arts. 108, I, e 109, VIII, da CF, c/c art. 2º da Lei Federal n. 12.016/2009), ou (ii) a presença de ente federal (União, autarquias federais, fundações públicas federais e empresas públicas federais) no polo ativo da ação (art. 109, I, CF)³³⁴, ainda que ausente autoridade coatora federal, e desde que seja inaplicável, em ambas hipóteses, os critérios de competência em razão da graduação hierárquica da autoridade e em razão da matéria (eleitoral ou trabalhista).

temporária e submete-se ao regime jurídico administrativo, nos moldes da Lei 8.745/1993; do inciso XXIII do art. 19 da Lei 9.472/1997 e do Decreto 2.424/1997. Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que lhe sejam vinculados por relação jurídico-administrativa. Precedentes. Reclamação julgada procedente.” (STF, Rcl 4.762, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 02.03.2007, 1ª Turma). Nesse mesmo sentido: STF, Rcl 5.171, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 21.08.2008, Pleno.

³³² Compete à Justiça do Trabalho “decidir mandados de segurança impetrados contra dirigentes de sociedades de economia mista, no exercício de atribuições de autoridade administrativa, como é o caso de dirigente de entidade da administração pública indireta (CF, art. 37), no exercício de poder disciplinar em relação a empregado celetista.” (STJ, 2ª Seção, CC 129.193, Rel. Min. Raul Araújo, j. 28.10.2015)

³³³ STJ, 1ª Seção, MS 10.295, Rel. Min. Denise Arruda, j. 23.11.2005.

³³⁴ Mesmo que seja apontada autoridade estadual ou municipal como coatora, justifique-se a competência da Justiça Federal pela presença de ente federal como parte impetrante, incidindo, na espécie, o disposto no art. 109, I, da CF, e não o inciso VIII. Nesse diapasão, é o Enunciado n. 511 da Súmula do STF: “Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandados de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, § 3º.”. No Superior Tribunal de Justiça colhe-se o seguinte excerto: “No primeiro dos precedentes - RE 178881, Pl, 13.3.97, DJ 6.3.98 - o Tribunal, por maioria, reafirmou a Súmula 511 e entendeu competente o TRF para conhecer de mandado de segurança impetrado por empresa pública federal contra decisão concessiva de liminar em ação cautelar, na qual a impetrante pretendia ingressar como assistente da ré.” (MS 25624 QO, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. em 3.11.2005); “A competência para julgamento de mandado de segurança impetrado por autarquia federal é da Justiça Federal (art. 109, I, da CF), mesmo que a autoridade coatora seja autoridade estadual. Aplicação do princípio federativo da prevalência do órgão judiciário da União sobre o do Estado-membro (Súmula 511/STF).” (STJ, CC 68.584/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 28.03.2007)

Por conseguinte, a competência da Justiça Federal é definida em razão da pessoa, seja em relação ao polo ativo (ente federal), seja em relação ao polo passivo (autoridade federal).

Trata-se de competência funcional (absoluta), em virtude da qualificação de autoridade.

Segundo o art. 2º da Lei Federal n. 12.016/2009, “considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.”

Logo, autoridade pública federal é aquela que integra os quadros da Administração Pública Direta (União, suas autarquias e fundações autárquicas) ou Indireta (empresas públicas e sociedade de economia mista).

Vê-se, portanto, que há diferença entre a competência da Justiça Federal prevista no art. 109, I, da CF, que não inclui a sociedade da economia mista, e a competência preconizada no art. 109, VIII, da CF, que confere à Justiça Federal competência para julgar o *writ* contra ato de autoridade federal, que, segundo o art. 2º da Lei Federal n. 12.016/2009³³⁵, engloba a sociedade de economista mista federal (entidade controlada pela União).

Sendo assim, ato praticado por dirigente de sociedade de economia mista no exercício de função pública (v.g., Presidente da Comissão de licitação da Petrobrás), será objeto de mandado de segurança perante a Justiça Federal. Isto porque, a despeito da Justiça Federal não ser competente para processar e julgar demandas em face de sociedade de economia mista (art. 109, I, CF), o ato combatido é considerado federal, já que as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado serão suportadas por entidade controlada pela União, incidindo, na espécie, o critério de qualificação da autoridade (função exercida pela autoridade), na forma do art. 109, VIII, da Carta Magna.³³⁶

Além disso, são equiparadas às autoridades públicas federais os dirigentes das pessoas jurídicas de direito público estadual e municipal, dirigentes de pessoas jurídicas de direito privado, e pessoas naturais, mesmo que não se enquadrem, a rigor, no conceito de autoridade

³³⁵ “O art. 2º da Lei 1.533/1951 tinha disposição idêntica, mas se referia tão somente à União e às entidades autárquicas. O novo texto foi mais amplo, abrangendo também, além das autarquias, as demais entidades controladas pela União (como as empresas públicas e as sociedades de economia mista).” (MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 88)

³³⁶ “É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que compete à Justiça Federal julgar mandado de segurança no qual se impugna ato de dirigente de sociedade de economia mista federal.” (STJ, AgRg no CC n. 131.715, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, j. 08.10.2014); “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. AUTORIDADE FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMADA A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE SOBRE A MATÉRIA.” (STF, RE 726035 RG, Relator Min. Luiz Fux, j. em 24.04.2014)

federal, quando praticarem o ato no exercício de atribuições do poder público federal (por delegação).

Cuidando-se de autoridade federal, primeiramente, deve-se perquirir se incide a competência originária de julgamento do mandado de segurança pelo Tribunal Regional Federal, na hipótese em que o *writ* seja intentado (i) em face de ato (administrativo ou jurisdicional) praticado pelo próprio Tribunal ou por Juiz Federal (art. 108, I, c, CF)³³⁷, ou, (ii) mesmo à míngua de previsão no referido dispositivo constitucional, por simetria constitucional, em face de ato praticado, no âmbito da competência da Justiça Federal, por autoridade que detenha prerrogativa de foro no Tribunal de Justiça.³³⁸

Não caracterizadas essas hipóteses, pelo critério residual, o mandado de segurança será processado e julgado em primeira instância, pelos Juízes Federais (art. 109, VIII, CF).

Não se tratando de autoridade cujo julgamento compete originariamente aos Tribunais Superiores (competência em razão da graduação hierárquica de autoridade), não se cuidando de matéria eleitoral ou trabalhista (competência em razão da matéria), e não se tratando de autoridade federal (qualidade da autoridade), pelo critério residual (último critério a ser

³³⁷ Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

[...] c) os mandados de segurança e os habeas data contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal.

³³⁸ “[...] 3. Por força do princípio da simetria constitucional e à luz dos arts. 102, I, “d”, e 109, VIII, da Constituição Federal, deve-se reconhecer que os mandados de segurança impetrados contra atos do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal, quando em atividade submetida à jurisdição administrativa de natureza federal, são da competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. [...]” (STJ, REsp 1303154/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.06.2016); “[...] 3. De consequência, ainda que o mandado de segurança não impugne decisão de autoridade federal, ou de autoridade atuando com jurisdição delegada da Justiça Federal (art. 109, § 3º, da CF), o critério de definição de competência *ratione autoritatis* pode ceder lugar ao critério *ratione personae* se o impetrante for algum dos entes previstos no art. 109, I, da CF. 4. Conjugada a regra do art. 109, I, da CF com o princípio da hierarquia e com o princípio da simetria, tem-se que não pode o juiz federal julgar mandados de segurança impetrados contra decisão de juiz estadual, de mesma hierarquia, devendo caber tal competência ao Tribunal Regional Federal, por analogia com o disposto no art. 108, I, “c”, da CF. Precedentes do STF: RE 266689 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 17/08/2004, DJ 03-09-2004 PP-00032 EMENT VOL-02162-02 PP-00294 e RE 176881, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/1997, DJ 06-03-1998 PP-00018 EMENT VOL-01901-04 PP-00709. [...]” (STJ, CC 129.174/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 09.09.2015); “[...] I – Conquanto o texto constitucional seja expresso em fixar, quanto ao mandado de segurança, a competência dos juízes federais no que tange a atos de autoridades federais (artigo 109, inciso VIII) e dos tribunais regionais federais no que se refere a ato da própria corte ou de juiz federal (artigo 108, inciso I, “c”), não se pode olvidar o critério de fixação *ratione personae* previsto no inciso I do artigo 109, razão porque a competência para o julgamento de mandado de segurança impetrado por empresa pública federal é da Justiça Federal, mesmo que a autoridade coatora seja estadual. II – Por se tratar de autoridade cujos atos são submetidos ao controle judicial de legalidade pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (artigo 161, IV, “e”, 3, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro), impõe-se, por simetria na esfera federal, a competência do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região para apreciar o pedido de mandado de segurança impetrado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT contra ato do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. [...]” (TRF 2, MS n. 00155500920014020000, Rel. André Fontes, julgado em 10.06.2010)

analisado), a autoridade será considerada local (estadual ou municipal), fixando-se a competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento do *writ*.

Partindo da premissa que a autoridade é local (estadual ou municipal), em primeiro plano, deve-se perquirir se incide a competência originária de julgamento do mandado de segurança pelo Tribunal de Justiça do Estado-membro, cabendo, para tanto, examinar a respectiva Constituição Estadual³³⁹.

Inexistindo foro no Tribunal de Justiça, pelo critério residual, o mandado de segurança será processado e julgado em primeira instância, pelos Juízes de Direito do respectivo Estado.

Ultrapassados os critérios de (i) matéria e de (ii) qualificação da autoridade, dos quais redundam a fixação da Justiça especializada para processar e julgar o mandado de segurança (Justiça Eleitoral, Trabalhista, Federal ou Estadual), cabe agora definir o local (território) de impetração do *mandamus*.

Assim, deve o mandado de segurança ser impetrado no foro onde se situa a sede da autoridade coatora³⁴⁰, na forma do art. 53, III, *a e b*, do CPC³⁴¹. Não obstante seja territorial, trata-se de competência absoluta³⁴², improrrogável e declarada de ofício pelo juiz.

A despeito da competência territorial absoluta na ação de mandado de segurança, verifica-se que, particularmente em relação à Justiça Federal, demanda-se solução diversa.

Como se viu, não há norma constitucional a respeito da competência territorial para o mandado de segurança, tratando-se, na verdade, de competência embasada em legislação infraconstitucional, mais especificamente, no Código de Processo Civil (art. 53, III, *a e b*, CPC), pois sequer a lei do mandado de segurança regulamentou o tema.

³³⁹ Para ilustrar, a Constituição do Estado do Espírito Santo prevê, no art. 109, I, *b*, que compete ao Tribunal de Justiça, processar e julgar, originariamente, “os mandados de segurança e os habeas-data contra ato do Governador do Estado, do Presidente da Assembleia Legislativa, dos membros da sua Mesa, do Presidente e dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, do Procurador Geral de Justiça, do Procurador-Geral do Estado, de Secretário de Estado e do próprio Tribunal, do seu Presidente, do seu Vice-Presidente e do Corregedor-Geral da Justiça.”

³⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 87.

³⁴¹ Ar. 53. É competente o foro: [...] III - do lugar: a) onde está a sede, para a ação em que for ré pessoa jurídica; b) onde se acha agência ou sucursal, quanto às obrigações que a pessoa jurídica contraiu.”

³⁴² Na doutrina: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Ob. Cit.*, p. 87. Na jurisprudência: “[...] 4. Ocorre que, em sede de mandado de segurança, a competência é absoluta e fixada em razão da qualificação da autoridade apontada como coatora e de sua sede funcional. Precedentes: CC 60.560/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 12/2/2007; CC 41.579/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 24/10/2005, p. 156; CC 48.490/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 19/5/2008). (REsp 1101738/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19/03/2009, DJe 06/04/2009); “[...] 1. Na hipótese dos autos, o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em se tratando de Mandado de Segurança, a competência para processamento e julgamento da demanda é estabelecida de acordo com a sede funcional da autoridade apontada como coatora e a sua categoria profissional, o que evidencia a natureza absoluta e a improrrogabilidade da competência, bem como a possibilidade de seu conhecimento *ex officio*. [...]” (STJ, AgRg no AREsp 721.540/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 25/08/2015)

No entanto, quando se trata da Justiça Federal, a sua competência territorial fora disciplinada pela própria Constituição Federal, cujo art. 109, § 2º³⁴³, assegurou ao autor da ação a faculdade de escolher, entre as alternativas delineadas pela Carta Magna, o foro para ajuizar as ações intentadas contra a União.

Nota-se que o referido dispositivo constitucional se refere às “causas”, o que engloba, como é óbvio, o mandado de segurança, não havendo nenhuma exceção quanto a esta via processual.³⁴⁴

Com efeito, o constituinte não determinou nenhuma correlação entre a opção de foro do autor e a natureza da ação proposta contra a União, mesmo que se cuide da ação mandamental.

Isto porque, o constituinte quis ampliar e facilitar o acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário da parte que litiga contra a União, podendo ajuizar a ação em seu próprio domicílio, o que seria deveras prejudicado (esse intento), caso a ação tivesse que ser ajuizada no domicílio do réu, notadamente em se tratando de mandado de segurança na Justiça Federal, em que a maioria das sedes federais encontram-se em Brasília.

Ora, como já discorrido, o procedimento do mandado de segurança fora criado para facilitar o acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário, para buscar a tutela de direito em face de ilegalidades de autoridade pública, o que também repercute na competência, razão pela qual, em se tratando de competência territorial da Justiça Federal para julgamento de mandado de segurança, cabe ao autor optar entre aqueles foros previstos no art. 109, § 2º, da CF (domicílio do autor; ocorrência do ato ou fato que deu origem à demanda; local da situação da coisa; Distrito Federal), não sendo peremptório o foro da sede da autoridade coatora.

Nessa mesma linha de raciocínio, é a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal³⁴⁵ e do Superior Tribunal de Justiça³⁴⁶.

³⁴³ “As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.”

³⁴⁴ “Sendo ação civil, o mandado de segurança enquadra-se no conceito de ‘causa’ enunciado pela Constituição da República, para fins de fixação de foro e juízo competentes para seu julgamento quando for interessada a União Federal (art. 109, I e VIII), e produz todos os efeitos próprios dos feitos contenciosos.” (MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 31)

³⁴⁵ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. AÇÃO INTENTADA CONTRA A UNIÃO. ART. 109, 2º, DA CONSTITUIÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I O art. 109, § 2º, da Constituição assegurou ao autor a faculdade de escolher, entre as alternativas delineadas pela Carta Magna, o foro para ajuizar as ações intentadas contra a União. Precedentes. II O constituinte não determinou qualquer correlação entre a opção do autor e a natureza da ação proposta contra a União. Assim, o fato de se tratar de uma ação real não impede o autor de escolher, entre as opções definidas pela Lei Maior, o foro mais conveniente à satisfação de sua pretensão. III Agravo regimental improvido.” (RE 599188 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 14.06.2011); “CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA.

Assinala-se, ainda, que o art. 109, § 2º, da CF, embora tenha índole constitucional, não afasta a natureza relativa da competência territorial, uma que vez, conforme bem argumenta Aluísio Gonçalves Castro Mendes, “o fato de as regras de definição do foro da União estarem previstas na Constituição não modifica a natureza e as características da competência de foro, se inexistir previsão expressa a estabelecer a exceção. A competência territorial não passa a ser absoluta apenas porque prevista na Carta Política.”³⁴⁷

Feitas essas considerações a respeito da competência para processamento e julgamento do mandado de segurança, cabe, agora, examinar se essas particularidades de competência do *writ* aplicam-se no procedimento comum, quando diante de cumulação objetiva que contenha pedidos que caberiam, de forma autônoma, na ação mandamental.

Vejamos o seguinte exemplo: o contribuinte, domiciliado no interior do Estado, tem duas pretensões: (i) declaratória, no sentido de declarar ilegal ato do Secretário Estadual de Fazenda, que o excluiu do regime especial tributário, (ii) condenatória, no sentido de ser ressarcido em dinheiro dos tributos que supostamente pagou a maior, em razão de sua exclusão do regime.

Ambas pretensões não exigem dilação probatória, sendo comprovadas por mera prova documental.

O contribuinte poderia se valer do mandado de segurança para buscar a sua pretensão declaratória, o qual seria ajuizado em face de autoridade coatora perante o respectivo Tribunal

MANDADO DE SEGURANÇA. UNIÃO. FORO DE DOMICILIO DO AUTOR. APLICAÇÃO DO ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está pacificada no sentido de que as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal. 2. Agravo regimental improvido. (RE 509442 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 03.08.2010)

³⁴⁶ “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE PRESIDENTE DE AUTARQUIA FEDERAL. EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM). INSCRIÇÃO. ANTINOMIA ENTRE A COMPETÊNCIA DEFINIDA EM RAZÃO DA SEDE FUNCIONAL DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA E A OPÇÃO PREVISTA PELO CONSTITUINTE EM RELAÇÃO AO FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR. ART. 109, § 2º, DA CF. PREVALÊNCIA DESTE ÚLTIMO. PRECEDENTES DO STJ EM DECISÕES MONOCRÁTICAS. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DO DOMICÍLIO DA PARTE IMPETRANTE. I - Conflito de competência conhecido para declarar competente o juízo federal do domicílio da parte impetrante. II - A competência para conhecer do mandado de segurança é absoluta e, de forma geral, define-se de acordo com a categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional. III - Todavia, considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, nas causas aforadas contra a União, pode-se eleger a seção judiciária do domicílio do autor (RE 627.709/DF), esta Corte de Justiça, em uma evolução de seu entendimento jurisprudencial, vem se manifestando sobre a matéria no mesmo sentido. Precedentes em decisões monocráticas: CC 137.408/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJE 13.3.2015; CC 145.758/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 30.3.2016; CC 137.249/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJE 17.3.2016; CC 143.836/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 9.12.2015; e, CC n. 150.371/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 7/2/2017.IV - Agravo interno improvido.” (STJ, AgInt no CC 150.269/AL, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, j. em 14.06.2017)

³⁴⁷ Ob. Cit., p. 38.

de Justiça, em razão do foro especial da autoridade (Secretário de Estado). Alternativamente, poderia se valer da ação sob o procedimento comum em face do Estado, buscando as tutelas declaratória e ressarcitória em cumulação objetiva de pedidos, podendo propor a ação no foro de seu domicílio (no interior), no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou na capital do respectivo ente federado (art. 52, parágrafo único, CPC).

A indagação que surge é a seguinte: na segunda opção, qual seja, ação sob o procedimento comum em cumulação objetiva de pedidos, para aplicar as técnicas processuais diferenciadas do mandado de segurança naquele pedido que comportaria o *writ* (pedido declaratório), é necessário que o juízo da ação sob o procedimento comum seja também competente para o exame da ação de mandado de segurança referente a esse pedido declaratório, para caracterizar a compatibilidade de procedimentos, tal como requer o art. 327, § 2º, do CPC? Pensamos que não.

Com efeito, segundo já escrevemos, o art. 327, § 2º, não se trata de aglutinação de duas espécies de procedimentos (especial e comum) em uma única ação, sob o procedimento comum. A cumulação é de pedidos (não de procedimentos), de modo que o procedimento é único, qual seja, aquele sob o procedimento comum, porém, afigura-se possível invocar as técnicas processuais diferenciadas dos procedimentos especiais, se compatíveis.

Dito de outra forma: mesmo que aplicáveis as técnicas processuais diferenciadas do mandado de segurança, o procedimento permanece sendo o comum, e não uma junção de procedimento especial do *writ* e comum. A compatibilidade é das técnicas processuais, e não dos procedimentos.

No exemplo narrado, como figurará no polo passivo da ação tributária apenas o Estado, e não a autoridade dita coatora, por se tratar de ação sob o procedimento comum, o juízo do foro do interior será absolutamente competente para análise de todos os pedidos, não havendo óbice para adoção das técnicas processuais diferenciadas do mandado de segurança em relação ao pedido declaratório.

Dessa forma, em relação à competência, tratando-se de cumulação objetiva de pedidos em procedimento comum, impõe-se observar apenas o art. 327, § 1º, inciso II, do CPC, que exige que o juízo seja absolutamente competente para conhecer de todos os pedidos, notadamente a competência material em razão da especialidade da Justiça (Trabalhista, Eleitoral, Federal e Estadual), não se aplicando as regras específicas de competência do procedimento do mandado de segurança.

4.3.1.5 Oitiva obrigatória do Ministério Público

Segundo magistério de Hugo Mazzilli, o Ministério Público intervém no processo civil em três situações: (i) em razão da indisponibilidade pela qualidade da parte; (ii) em razão da indisponibilidade decorrente da lide; (iii) em razão de interesse social.³⁴⁸

Nessa qualidade, o Ministério Público pode atuar no processo civil como parte ou como fiscal da ordem jurídica.

Como parte, o Ministério Público exerce o direito de ação representando a sociedade, de acordo com as suas atribuições constitucionais³⁴⁹.

De outra banda, como fiscal da ordem jurídica, a intervenção do Ministério Público se dá nas hipóteses do art. 178 do CPC:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:
I - interesse público ou social;
II - interesse de incapaz;
III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Nota-se, pois, que o Código de Processo Civil de 2015 se alinhou à Constituição Federal, na medida em que atribuiu ao Ministério Público a função de fiscal da ordem “jurídica”, e não da “lei”, como constava do Código de Processo Civil de 1973, e que traduzia a visão formalista da atuação do Ministério Público.³⁵⁰ À guisa de exemplo, cite-se o art. 698 do CPC/2015, que

³⁴⁸ “Em suma, aponto três causas de atuação para o Ministério Público no processo civil: a) atuação em decorrência de uma indisponibilidade ligada à qualidade da parte; b) atuação em decorrência de uma indisponibilidade ligada à natureza da relação jurídica; atuação em decorrência de um interesse que, embora não seja propriamente indisponível, tenha tal abrangência ou repercussão geral, que sua defesa coletiva seja conveniente à sociedade como um todo (expressão social do interesse).” (MAZZILLI, Hugo Nigro. A intervenção do Ministério Público no processo civil. In: SALLES, Carlos Alberto (org). *Processo Civil e interesse público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 162)

³⁴⁹ Art. 127, CF. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Art. 177, CPC. O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais.

³⁵⁰ “No Brasil, especialmente em face das relações entre o Ministério Público e o Poder Executivo, características do modelo interventivo pró-Estado desenhado no art. 82 do CPC/1973 e da obrigatoriedade da intervenção em alguns processos individuais como curador do Estado ou de interesses privados nos processos individuais – à época considerados de relevância pública (ex.: vínculo conjugal, jurisdição voluntária etc.) –, o Ministério Público atuava obrigatoriamente sempre que a lei determinava a sua intervenção. A vinculatividade à lei sem o filtro da função constitucional gerava uma desconformidade constitucional que deve ser sanada hermeneuticamente a partir do novo Código. O CPC/2015 atualiza a tradição e impõe uma adequação forte entre a atuação do Ministério Público como instituição de garantia e os direitos fundamentais aos quais está vocacionado a tutelar. O Ministério Público brasileiro necessita aproveitar, portanto, a refundação democrática do CPC para sanar o desequilíbrio que existia no período entre a Constituição de 1988 e a sua edição, quando ainda era possível falar no processo civil do Ministério Público da lei e do Ministério Público da Constituição.” (ZANETI JR, Hermes. CPC/2015: O Ministério Público como Instituição de Garantia e as Normas Fundamentais Processuais. *Revista Jurídica. Corregedoria Nacional*, v. 2, 2017, p. 115)

exige a intervenção do Ministério Público em matéria de família, apenas se presente interesse de incapaz, diferentemente do CPC/1973, que impunha a intervenção em quaisquer ações ligadas ao estado de pessoa.

Entretanto, na contramão do caminho atual que percorre o Ministério Público, o art. 12 da Lei Federal n. 12.016/2009, prevê que “findo o prazo a que se refere o inciso I do caput do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias.”

Em outras palavras: pela interpretação literal desse texto, é obrigatória a intimação do Ministério Público na ação de mandado de segurança, independentemente da matéria veiculada.

Contudo, em consonância com essa diretriz que repele a atuação meramente formal do Ministério Público em todos os processos, impõe-se proceder a uma interpretação conforme à Constituição Federal, de forma que o texto do art. 7º, inciso I, da Lei Federal 12.016/2009, seja lido em conformidade com o art. 127 da Carta Magna, e conjuntamente com o art. 178 do CPC, extraindo-se a norma jurídica segundo a qual a intimação obrigatória do órgão do *Parquet*, no procedimento especial do mandado de segurança *individual*, apenas ocorre se presentes as hipóteses do supracitado art. 178 do CPC.³⁵¹

Com efeito, não é o tipo de ação que justifica a participação do Ministério Público no processo, mas, sim, a natureza do direito material em jogo.

Calha trazer à lume a didática ilustração de Hugo Nigro Mazzilli:

Suponham que uma autoridade cometa um ato ilegal, passível de correção por mandado de segurança e, dentro de 120 dias de prazo de decadência, o lesado entre com a ação mandamental; lá irá o Promotor dar o seu parecer. Mas suponhamos que o lesado ajuíze a ação em 121 dias ou mais: em vez de usar o mandado de segurança, terá de propor ação ordinária, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, e o Ministério Público não irá nela necessariamente intervir. Assim, nesse caso, não será, no mais das vezes, a relação jurídica que trará o Ministério Público ao processo; terá sido apenas o rito processual escolhido... o que acaba trazendo o Ministério Público ao processo será o fato de o indivíduo ter ajuizado um mandado de segurança e não uma ação ordinária; não será necessariamente o direito que ele está discutindo que tornará necessária a presença da instituição no processo, até porque aquele mesmo direito, se for discutido fora do prazo de decadência do mandado de segurança, já não importará a presença do Ministério Público ao processo, mas só ao rito, o que é inadequado. Nem se diga que o mandado de

³⁵¹ Nesse mesmo sentido, advogam Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “*De lege ferenda*, seria até mesmo recomendável a supressão da participação compulsória do Ministério Público em todo mandado de segurança, deixando que sua intervenção fosse regulada pelo art. 178 do CPC.” (*Novo Código de Processo Civil*. Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 373, v. III); MAZZILLI, Hugo Nigro. A intervenção do Ministério Público no processo civil. In: SALLES, Carlos Alberto (org). *Processo Civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003, p. 168-169; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 539. Em sentido contrário: BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 100-103.

segurança é uma garantia constitucional, pois o próprio direito de ação também é, e nem por isso o Ministério Público oficia em todas as ações.³⁵²

Portanto, constata-se violação à isonomia, pois, no plano de direito substancial, não há distinção entre a matéria objeto de análise em ação de mandado de segurança e em ação sob procedimento comum. *Prima facie*, a causa de pedir suscetível de mandado de segurança não é mais relevante ou complexa do que a causa de pedir inserta em ação sob o procedimento comum.

Logo, se um jurisdicionado, ao ter um direito subjetivo violado, optar por ajuizar uma ação sob procedimento comum, ao invés de impetrar mandado de segurança (ainda que configurados os requisitos de cabimento deste), o Ministério Público não será ouvido, quando não presentes as hipóteses de sua intervenção (art. 178, CPC), a exemplo de lide tributária individual. Todavia, caso o jurisdicional se valesse do mandado de segurança para aquele mesmo tema, o Ministério Público seria obrigatoriamente intimado para manifestação.

Não há lógica nisso... Estar-se-á dando um tratamento mais benéfico à ação sob procedimento comum, em detrimento da ação de mandado de segurança, sem justificativa discriminatória para tanto, o que viola a isonomia, sobretudo porque o mandado de segurança é uma garantia fundamental prevista na própria Constituição da República, criado justamente para ser um procedimento especial mais célere e efetivo que o procedimento comum.

Essa tese ora sustentada, de não obrigatoriedade de intimação do Ministério Público quando não presentes as hipóteses previstas no art. 178 do CPC, está em harmonia com o procedimento célere que se espera do mandado de segurança, notadamente porque tal procedimento é simplificado, consistindo, em regra, apenas na (i) notificação da autoridade coatora para prestar informações no prazo comum de 10 (dez) dias, (ii) ciência da pessoa jurídica de direito público correlacionada para, querendo, integrar o feito, e (iii) intimação do Ministério Público para apresentar parecer em 10 (dez) dias.

Em outras palavras: suprimindo a intimação obrigatória do Ministério Público, reduz-se a quantidade de atos processuais e o prazo do procedimento, em tese, quase pela metade, ensejando celeridade processual por conta do encurtamento do procedimento, o que beneficiará o autor da demanda, bem como aliviará a estrutura do Poder Judiciário e do Ministério Público de proceder intimações e manifestações desnecessárias, o que trará redução de custos financeiros e otimização do serviço público.

³⁵² MAZZILLI, Hugo Nigro. A intervenção do Ministério Público no processo civil. In: SALLES, Carlos Alberto (org). *Processo Civil e interesse público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 168-169.

Na prática, o que se verifica é que, intimado para apresentar parecer, o membro do Ministério Público não opina sobre o mérito da lide, sob o argumento de que não se trata de matéria cuja manifestação é obrigatória, a exemplo do que costumeiramente ocorre em mandados de segurança individuais em matéria tributária, tanto que já fora aprovada a Recomendação n. 16, de 28 de abril de 2010, do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil, dizendo ser dispensável a sua intervenção em ações tributárias (por ter interesse meramente patrimonial) ou em mandado de segurança.³⁵³

Por tais razões, não restam dúvidas de que o referido dispositivo legal da lei de mandado de segurança anda na contramão do espírito do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição Federal.

Ora, consoante já explanado, o mandado de segurança foi um instrumento processual criado para ser célere e efetivo. Acontece que, mantendo a interpretação atual (obrigatoriedade de intimação do Ministério Público), o término de seu procedimento será alongado sem justificativa razoável.

Firmadas tais premissas, se não há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, também não há obrigatoriedade, por mera formalidade, de o juiz remeter os autos ao Ministério Público, pois essa intimação implicará em movimentação da máquina judiciária e do *Parquet* de forma desnecessária, gerando dispêndio financeiro e desperdício de energia humana, sem contar o prejuízo causado à parte no aspecto temporal.

Contudo, revela-se salutar que o magistrado apenas deixe de remeter o feito ao Ministério Público para apresentação de parecer, se e quando o (s) membro (s) do *Parquet* com atribuição no Juízo já tenha(m) disciplinado a matéria internamente (administrativamente), manifestando-se expressamente pelo seu desinteresse em participar da lide no tema objeto de dispensa (v.g., ação tributárias individuais).³⁵⁴

³⁵³ Recomendação n. 16, de 28 de abril de 2010, do Conselho Nacional do Ministério Público: “Art. 1º. Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro do Ministério Público, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos. [...]. Art. 5º. Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses: [...]. XV - Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa; [...]. XXII - Intervenção em mandado de segurança. [...]”

³⁵⁴ Nesse sentido, o art. 6º da supracitada Recomendação n. 16, de 28 de abril de 2010, do Conselho Nacional do Ministério Público, dispõe: “recomenda-se, ainda, que as unidades do Ministério Público, respeitada a

Toda essa argumentação diz respeito ao mandado de segurança individual. No tocante ao mandado de segurança coletivo, a intimação e intervenção do Ministério Público sempre será obrigatória, em face da natureza do direito debatido, pois a tutela coletiva sempre revela interesse social, tanto que, se na ação coletiva conta com a intervenção obrigatória do Ministério Público, com a mesma razão no mandado de segurança coletivo.

Destarte, infere-se que essa técnica processual diferenciada da ação mandamental (intervenção obrigatória do Ministério Público), apenas será aplicável no procedimento comum que decorra de cumulação de pedidos, se e quando diante das hipóteses previstas no art. 178 do CPC, sobretudo porque, conforme já explanado, a técnica do art. 327, § 2º, do CPC, não caracteriza a junção de duas espécies de procedimentos (especial e comum) em uma única ação, de modo que o procedimento é único, qual seja, aquele sob o procedimento comum. Logo, se o procedimento é o comum, deve o Ministério Público intervir apenas nas hipóteses previstas no art. 178 do CPC.

4.3.1.6 Remessa necessária obrigatória

O art. 14, § 1º, da Lei Federal n. 12.016/2009, prevê que, concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

Como se depreende da literalidade do referido dispositivo legal, a remessa necessária é obrigatória, não sendo previstas exceções de dispensa.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, interpretando esse supracitado dispositivo legal em face do CPC/1973, entendeu que é inaplicável ao mandado de segurança o art. 475 do CPC/1973, que trata das hipóteses de dispensa de remessa necessária, pois a regra especial contida no art. 14, § 1º, da Lei Federal nº 12.016/2009, prevalece sobre a disciplina genérica do Código de Processo Civil, na forma do art. 2º, § 2º, da LICC. Em outras palavras: lei especial posterior derroga lei geral anterior.³⁵⁵

No entanto, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, impõe-se uma nova interpretação desse dispositivo legal.

Em primeiro lugar, os métodos clássicos hermenêuticos (a exemplo de conflito de lei no tempo) não ocupam mais o lugar de primazia em nosso ordenamento jurídico. Assim, o

autonomia, disciplinem a matéria da intervenção cível, também por ato interno, preservada a independência funcional dos membros da Instituição, sem caráter normativo ou vinculativo, nos termos acima referidos.”

³⁵⁵ STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 302.656/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 15.08.2013; STJ, REsp 1.274.066/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell, Segunda Turma, DJe 09.12.2011; STJ, EREsp 687.216/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, DJe 04.08.2008.

método hermenêutico consistente na prevalência de lei especial anterior sobre lei geral posterior cede ao principal método hermenêutico de um processo civil constitucional: interpretação de acordo com a Constituição Federal.

O art. 496 do CPC/2015, não só manteve as exceções à remessa necessária previstas no CPC/1973, como as ampliou, quantitativa (em razão do valor do proveito econômico) e qualitativamente (em razão dos precedentes vinculantes), o que demonstra que o legislador flexibilizou mais ainda a obrigatoriedade da remessa necessária, visando, assim, assegurar outros valores constitucionais no processo, como a duração razoável, a efetividade, a isonomia entre as partes e a segurança jurídica.

Ora, o referido entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que aplica a literalidade do art. 14, § 1º, da Lei de Mandado de Segurança, anda na contramão das diretrizes do Código de Processo Civil de 2015.

Conforme já explanado, o mandado de segurança foi um instrumento processual criado para ser célere e efetivo. Acontece que, mantendo a interpretação atual em relação ao *writ* (obrigatoriedade, sem exceções, da remessa necessária), o término de seu procedimento (que também inclui o grau recursal) e, por conseguinte, a prestação de tutela jurisdicional definitiva, demorará mais do que um procedimento comum, o que contraria a vontade do Constituinte, que o criou (o *mandamus*) como garantia fundamental célere e efetiva.

Há violação também à isonomia, pois, no plano substancial, não há distinção entre a matéria objeto de análise em ação de mandado de segurança e a ação ordinária. *Prima facie*, a causa de pedir suscetível de mandado de segurança não é mais relevante ou complexa do que a causa de pedir inserta em ação ordinária.

Logo, se um jurisdicionado, ao ter um direito subjetivo violado, optar por ajuizar uma ação sob procedimento comum, ao invés de mandado de segurança (ainda que configurados os requisitos de cabimento desta), poderá se valer das exceções à remessa necessária, culminando na ocorrência da coisa julgada com mais celeridade que o mandado de segurança. Não há lógica nisso... Estar-se-á dando um tratamento mais benéfico à ação sob o procedimento comum, em detrimento da ação de mandado de segurança, sem justificativa discriminatória para tanto, o que viola a isonomia, sobretudo porque o mandado de segurança é um garantia fundamental prevista na própria Constituição Federal, criado justamente para ser mais célere e efetivo que o procedimento comum.³⁵⁶

³⁵⁶ Igual raciocínio apresentou Celso Agrícola Barbi, ao defender a inconstitucionalidade parcial da Lei Federal n. 4.348: “Quando o legislador constituinte inscreveu na Carta Magna o mandado de segurança, dando-lhe, assim, garantia constitucional, pressupôs que aquele meio de defesa do cidadão deveria ter forma processual

Isso se agrava com a redação do atual art. 496, § 3º, do CPC/2015, porquanto o valor de teto para afastamento da remessa necessária foi elevado substancialmente, sendo que em causas da União Federal o valor é de 1.000 (mil) salários mínimos, o que, na prática, acaba por abolir a remessa necessária em sentenças condenatórias líquidas contra a União, pois é mínima a parcela de causas que superam esse teto.

Ademais, vislumbra-se também violação à segurança jurídica, pois o art. 496, § 4º, do CPC/2015, em conformação com a estrutura pensada para o Código de Processo Civil de 2015, adota a teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, buscando dar racionalidade, isonomia e segurança ao sistema.

Ora, se o sistema processual atual encampou a teoria da precedentes normativos formalmente vinculantes, sendo certo que, no próprio mandado de segurança, os Juízes de primeira instância e Desembargadores dos tribunais estarão vinculados aos precedentes vinculantes arrolados no art. 927 do CPC, de forma vertical e horizontal, na hipótese de uma sentença ter se baseado em precedente vinculante, qual é a razão de que esta sentença deverá ser obrigatoriamente reexaminada pelo Tribunal, já que este próprio Tribunal também deverá observar o precedente aplicável ao caso?

Manter a obrigatoriedade da remessa necessária no mandado de segurança só contribuirá para o abarrotamento de processos nos Tribunais, prejudicando a tão almejada celeridade processual, não apenas daquele processo individual, mas no acervo processual como um todo, pois o Tribunal despenderá tempo e dinheiro para examinar um processo fadado ao insucesso, em que a própria parte interessada (Fazenda Pública) não interpôs recurso.

Isso se torna mais dessarzoável quando a sentença judicial coincide com “orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa” (art. 496, § 4º, IV, CPC), pois se a própria Fazenda Pública não tem interesse em apresentar recurso, já que a matéria está sedimentada administrativamente, por que o Poder Judiciário dispenderia tempo para reexame da matéria? Nesse sentido, é o Enunciado n. 312 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O inciso IV do § 4º do art. 496 do CPC aplica-se ao procedimento do mandado de segurança.”

mais rápida, mais eficiente do que os demais procedimentos. [...]. Assim, qualquer lei ordinária que, de forma direta ou indireta, destruir a eficiência do mandado de segurança, tornando-a igual ou inferior à obtida pelas formas comuns do processo, violará a Constituição e, portanto, não poderá prevalecer [...] Chegaremos à situação absurda de ver o mesmo direito de um funcionário ter a sentença que o reconheça executada na pendência de recurso extraordinário, se usada uma ação de rito ordinário, e, se usado o mandado de segurança, ter de esperar o julgamento final deste.” (BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 225-226)

A propósito, em nível federal, o art. 19, § 2º, da Lei Federal n. 10.522/2002, dispensa a remessa necessária em processos em que atua a Procuradoria da Fazenda Nacional, quando a sentença desfavorável à Fazenda Pública Federal está de acordo com precedente vinculante do STF e do STJ, conforme nova redação dada pela Lei Federal nº 12.844/2013, que, aliás, é posterior e especial em relação à Lei Federal n. 12.016/2009.

Destarte, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, impõe-se a alteração do mencionado entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de forma a aplicar por analogia as exceções previstas no art. 496 do CPC/2015 ao procedimento de mandado de segurança, quando cabíveis, visto que, agindo assim, estar-se-á interpretando o art. 14, § 1º, da Lei Federal n. 12.016/2009 de acordo com a Constituição Federal, para assegurar os valores efetividade, duração razoável do processo, isonomia e segurança jurídica, o que está em consonância com o objetivo da jurisdição, de prestar uma tutela efetiva, adequada e tempestiva, mediante um processo justo.³⁵⁷

Do exposto, depreende-se que essa técnica processual diferenciada da ação mandamental (remessa necessária, sem exceções legais de dispensa) não será aplicável no procedimento comum que decorra de cumulação de pedidos, devendo-se adotar a regra geral do procedimento comum prevista no art. 496 do CPC, inclusive as previsões legais de dispensa, notadamente porque, consoante já discorrido, a técnica do art. 327, § 2º, do CPC, não caracteriza a junção de duas espécies de procedimentos (especial e comum) em uma única ação, de modo que o procedimento ação é único, qual seja, aquele sob o procedimento comum. Logo, se o procedimento é o comum, deve a remessa necessária obedecer tão-somente ao regramento previsto no art. 496 do CPC.

4.3.1.7 Legitimidade recursal da autoridade coatora

Pelas razões acima expostas, como no procedimento comum a parte que figurará no polo passivo será apenas a pessoa jurídica, e não a autoridade coatora, isso resulta, a princípio, na carência de legitimidade recursal da autoridade coatora. Por conseguinte, torna-se incompatível o art. 14, § 2º, da Lei Federal n. 12.016/2009 ao procedimento comum.

A propósito, mesmo no procedimento da ação de mandado de segurança, a autoridade coatora deve demonstrar interesse para recorrer, não se podendo confundir os pressupostos recursais

³⁵⁷ Nesse mesmo sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentário às Leis ns. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 132; PEREIRA, Hélio do Valle. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016 de 7/08/2009*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 143; CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2016, p. 582-583.

intrínsecos de legitimidade e de interesse. A legitimidade para recorrer a lei já conferiu *abstratamente* à autoridade coatora. Todavia, o interesse para recorrer deve ser perquirido *in concreto*. Nessa medida, o interesse recursal apenas se revelará na hipótese em que a sentença impuser alguma responsabilidade (civil, penal ou administrativa) à autoridade, ou repercutir em sua condição funcional, a exemplo de fato exposto na sentença que possa configurar ato de improbidade administrativa praticado pela autoridade coatora.³⁵⁸

Nessas hipóteses excepcionais, em que o provimento jurisdicional enseje responsabilidade civil, penal ou administrativa ou interfira diretamente na condição funcional da autoridade administrativa, não há óbice, no procedimento comum, para interposição de recurso pela autoridade administrativa, sendo a sua legitimidade recursal justificada, nessa hipótese, por figurar como terceiro prejudicado (art. 996 do CPC)³⁵⁹, e não como parte (art. 14, § 2º, da Lei Federal n. 12.016/2009).

4.3.1.8 Eficácia imediata da sentença

No tocante à técnica da eficácia imediata da sentença proferida no *mandamus* (recurso recebido, em regra, apenas no efeito devolutivo), conforme estatui o art. 14, § 3º, da Lei Federal n. 12.016/2009, isso se aplica perfeitamente ao procedimento comum, sendo-lhe compatível.

Apesar da proposta de eficácia imediata da sentença feita pela Comissão que elaborou o anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, e aprovada inicialmente no Senado Federal, não fora aprovada na Câmara de Deputados o dispositivo que previa, como regra, apenas o efeito devolutivo na interposição de apelação. Portanto, segue-se a regra anterior, na qual estabelece que a apelação terá efeito devolutivo e suspensivo (art. 1.012 do CPC).

Daí a importância dessa técnica processual do mandado de segurança, pois, de forma diametralmente oposta, fixa, como regra, o efeito meramente devolutivo da apelação (eficácia imediata da sentença).

A eficácia imediata da sentença está em sintonia com a *ratio* do procedimento especial de mandado de segurança, criado para ser uma via célere e efetiva contra atos ilegais da Administração Pública, bem como está em consonância com o objetivo do processo, que é

³⁵⁸ Trilhando esse pensamento: CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2016, p. 592.

³⁵⁹ Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica. Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.

prestar tutela de direito de forma efetiva, adequada e tempestiva (duração razoável do processo).³⁶⁰

Ora, no plano do direito material, não há distinção substancial entre a matéria objeto de análise em ação de mandado de segurança e em ação sob procedimento comum. *Prima facie*, a causa de pedir suscetível de mandado de segurança não é mais relevante ou complexa do que a causa de pedir inserta em ação sob procedimento comum.

Nessa medida, se apresentado pedido mandamental de abstenção de lançamento tributário em ação de mandado de segurança, a sentença terá eficácia imediata, sendo a Administração Tributária compelida a cumprir, no prazo assinalado pelo juiz, esse provimento jurisdicional imediatamente, independentemente de interposição de apelação; todavia, se apresentado esse mesmo pedido no bojo do procedimento comum, em cumulação com outros pedidos, a sentença não terá eficácia imediata, pois a apelação é dotada de efeito suspensivo, devendo-se aguardar o julgamento em segunda instância. Não há lógica nessa distinção, pois trata-se de idêntico direito material.

Como reza o art. 327, § 2º, do CPC, deve-se aproveitar essa técnica processual diferenciada do mandado de segurança, que é inteiramente compatível com o procedimento comum, tanto que este permite, simultaneamente, a existência de distintos efeitos no recebimento da apelação da sentença, a depender do capítulo da sentença decidido (art. 1.012, § 1º, CPC).³⁶¹

Posta assim a questão, no exemplo por nós trazido, se procedente totalmente a pretensão autoral (pedidos declaratório, mandamental e condenatório), quanto aos pedidos declaratório (inexistência de relação jurídico-tributária) e mandamental (abstenção de lançamento tributário), que poderiam ter sido veiculados em ação autônoma do *writ*, a apelação da referida sentença será recebida apenas no efeito devolutivo (eficácia imediata da sentença) em relação a esses capítulos, utilizando-se, para tanto, da técnica processual diferenciada prevista

³⁶⁰ Baseado em Mauro Cappelletti, eis as críticas feitas por Luiz Guilherme Marinoni acerca do efeito suspensivo da apelação: “O direito fundamental à duração razoável impõe a inversão da lógica que sempre dominou o processo civil brasileiro. Note-se que, se o autor tem o direito de obter a imediata tutela do direito evidenciado no curso do processo, também tem o direito à execução imediata da sentença que reconhece o direito material. A sentença, até prova em contrário, é um ato legítimo e justo. Por isso, é o recorrente ou o réu que deve pagar pelo temo de demora do processamento do recurso. Não há como respeitar o direito fundamental à duração razoável sem atribuir efeitos concretos à sentença, ou melhor, sem dar à sentença a possibilidade de interferir na vida das pessoas. Aliás, o processo que nega efeito à sentença também nega valor ao juiz e ao tempo de primeiro grau de jurisdição. Uma sentença que não pode produzir efeitos na pendência de apelação é, no máximo, um projeto da decisão do tribunal. [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 271, v. I).

³⁶¹ “[...]. Sobre os efeitos do recebimento da Apelação, o entendimento desta Corte é de que o art. 520, VII, do CPC deve ser interpretado de forma teleológica, razão pela qual, ainda que a antecipação da tutela seja deferida na própria sentença, a Apelação contra esta interposta deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo em relação à parte em que foi concedida a tutela. [...]” (STJ, AgRg no AREsp 469.551/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 27.03.2014)

no procedimento especial do mandado de segurança (art. 14, § 3º, da Lei Federal n. 12.016/2009). Por outro lado, no que tange ao pedido condenatório (repetição de indébito tributário), como tal pleito não é cabível em sede de mandado de segurança, esse capítulo de sentença não terá eficácia imediata, pois a apelação é dotada de efeito suspensivo, conforme manda a regra geral do art. 1.012 do CPC.

Poder-se-ia argumentar que o magistrado, na situação hipotética narrada, caso objetivasse que a sentença produzisse imediatamente os seus efeitos, bastaria conceder tutela provisória de urgência, na forma de antecipação de tutela, no bojo da própria sentença. Contudo, é sabido que, para concessão de tutela provisória de urgência, mister se faz a demonstração do *periculum in mora*, requisito este que é de difícil conceituação na seara tributária quando se trata de cessação de pagamento do tributo ilegal, divergindo a jurisprudência a respeito.³⁶² A aplicação da técnica processual do art. 14, § 3º, da Lei Federal n. 12.016/2009 é de relevância ímpar, pois a sentença produzirá imediatamente os seus efeitos, independentemente da presença do *periculum in mora*, e ainda que não se trate de precedente normativo formalmente vinculante, que autorizaria a tutela de evidência. Não custa lembrar que, mesmo no procedimento especial do mandado de segurança, quando vedada a liminar, igualmente será vedada a execução provisória da sentença (produção de efeitos imediatos da sentença).

A nosso ver, a eficácia imediata da sentença no *writ* é a técnica processual mais relevante e útil a ser aplicada no procedimento comum, quando se tratar de cumulação objetiva de pedidos.

4.3.1.9 Prioridade legal para julgamento

Atinente ao dispositivo que confere prioridade para julgamento da ação mandamental (art. 20 da Lei Federal n. 12.016/2009), infere-se que o mesmo é aplicável ao procedimento comum.

³⁶² Entendendo pela presença do *periculum in mora*: “[...]. 3-O perigo inverso da demora evidencia-se pela onerosidade da contribuição previdenciária e na provável diminuição de investimentos nas atividades comerciais da empresa caso tenha de aguardar o provimento judicial final. Assim, antecipação da tutela é medida que se impõe. [...]” (TRF 1, Ag. 00043752520134010000, Rel. Des. Luciano Tolentino Amaral, DJ 26/04/2013). Nesse mesmo contexto, entendendo pela ausência de *periculum in mora*: “[...]. 3. Periculum in mora não comprovado. Não demonstração, no caso concreto, de que a suspensão da isenção que se busca reverter tem o potencial de sacrificar seriamente um direito não patrimonial ou um direito fundamental, especialmente atrelado ao princípio da dignidade humana (cf. TRF2, Terceira Turma Especializada, AI 2013.02.01.009598-8, Rel. Des. Fed. RICARDO PERLINGEIRO, E-DJF2R 13.12.2013). 4. Não aplicação do conceito de dano irreparável a lesão exclusivamente patrimonial, exceto se o devedor estiver na iminência de insolvência (v. PISANI, Andrea Proto. Lezioni di diritto processuale civile. 5 ed. Napoli: Jovene, 2010, p. 602, 633-635), o que não ocorre quando a Administração Pública atua na qualidade de demandada. [...]” (TRF 2, Autos n. 00152315520124020000, Rel. Des. Ricardo Perlingeiro, j. 06.05.2014)

Quando for necessária a realização de instrução probatória para aqueles pedidos que não comportam a ação mandamental (v.g., pretensão ressarcitória), a prioridade legal para julgamento será conferida apenas para aqueles pedidos que atendam aos requisitos constitucionais do *writ* (v.g., pretensão mandamental ou declaratória), de modo que, decidido tais pedidos, de forma prioritária, mediante julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, CPC), o prosseguimento do processo para julgamento do pedido condenatório, após a realização de instrução probatória, não conterà mais a prioridade legal para julgamento.

Se todos os pedidos comportam julgamento antecipado do mérito (art. 355, CPC), a prioridade legal de julgamento abarcará todos os pedidos, inclusive aqueles que não atenderiam os requisitos constitucionais do *mandamus*, pois não se afigura possível cindir o julgamento dos pedidos, conferindo prioridade apenas para aqueles pedidos que atendam aos requisitos do *writ*, o que iria de encontro aos princípios da eficiência e da economia processual, pois o Poder Judiciário gastaria tempo e energia para análise de um mesmo fato-base duas vezes, especialmente porque, não raro, um pedido já decorre logicamente do outro, sendo consequência imediata, o que justifica o exame conjunto dos pedidos para facilitar a compreensão do tema. De outro lado, caso não se aplique a técnica da prioridade legal para julgamento, não estar-se-ia conferindo prioridade aos pedidos cumulados que atendam aos requisitos constitucionais do *writ*.

Impõe-se uma interpretação teleológica do art. 20 da Lei Federal n. 12.016/2009, que pretende dar prioridade de julgamento a um instrumento processual (mandado de segurança) criado para ser célere não pelo simples rótulo da ação, mas o motivo que justifica essa celeridade se deve ao direito material em jogo, ou seja, o combate do cidadão contra atos ilegais praticados pelo Poder Público, comprovados de plano, e que possam ser corrigidos de imediato, mediante reparação *in natura* (ressarcimento específico, e não pelo equivalente em dinheiro). Ora, essa mesma pretensão do cidadão também estará presente na ação sob o procedimento comum, o que justifica a prioridade legal para julgamento.

Sublinhe-se que não há obstáculo para conferir prioridade legal para julgamento no procedimento comum, pois isso já ocorre, por exemplo, com o Estatuto do Idoso (Lei Federal n. 10.741/2003)³⁶³, não sendo característica exclusiva de um procedimento especial.

4.3.1.10 Prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração

³⁶³ Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado (art. 23, Lei Federal n. 12.016/2009). A doutrina majoritária entende que se trata de prazo decadencial, e não prescricional, razão pela qual não se suspende, nem se interrompe o prazo.³⁶⁴

Na verdade, conforme bem observa Hugo de Brito Machado³⁶⁵, não se trata de prazo decadencial, pois não há perda de um direito material subjetivo, e nem se trata de prazo prescricional, pois não há perda da pretensão, mas apenas impedimento de se valer de uma determinada via processual (mandado de segurança), não obstando o uso de outras vias ordinárias, e tampouco se trata de prazo preclusivo, porquanto o prazo para impetração do mandado de segurança não é prazo no decurso do processo, mas anterior a ele. Trata-se, pois, assim, de prazo de natureza própria, que não se interrompe ou suspende, tal como o regime da decadência.

Esse prazo de 120 (cento e vinte) dias não se aplica ao procedimento comum, mesmo em relação àqueles pedidos que se valerão das técnicas processuais diferenciadas do mandado de segurança.

Com efeito, consoante já explanado, a técnica processual do art. 327, § 2º, do CPC não se trata de aglutinação de duas espécies de procedimentos (especial e comum) em uma única ação, sob o procedimento comum. Se isso fosse verdadeiro, seria necessário observar o prazo de 120 (cento e vinte) dias para aplicar as técnicas processuais diferenciadas do *wrti*, em relação àqueles pedidos que pudessem ter sido veiculados de forma autônoma na ação mandamental, pois, quanto a esses pedidos, seguir-se-ia o procedimento especial do *mandamus*.

Na verdade, a cumulação é de pedidos (não de procedimentos), de modo que o procedimento é único, qual seja, aquele sob o procedimento comum, porém, afigura-se possível invocar as técnicas processuais diferenciadas da ação mandamental, se compatíveis. Dito de outra forma: mesmo que aplicáveis as técnicas processuais diferenciadas da ação mandamental, o procedimento permanece sendo o comum, não configurando uma junção de procedimento

³⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 63; BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 153.

³⁶⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de Segurança em matéria tributária*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 75. Nessa linha é a crítica acertada de Alfredo Buzaid: “O prazo para impetrar mandado de segurança não é prazo preclusivo, porque ele não se verifica no curso do processo, tampouco é de prescrição ou decadência, porque não fere mortalmente o direito material, que remanesce imprejudicado, podendo ser pleiteado por via ordinária. O prazo é extintivo de uma faculdade pelo seu não exercício dentro de cento e vinte dias, contados da ciência do ato a ser impugnado.” (*Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 152-153).

especial e de procedimento comum. A compatibilidade é de técnicas processuais, e não de procedimentos.

Se isso não bastasse, comungamos com parcela da doutrina que sustenta a inconstitucionalidade do prazo de 120 (cento e vinte) dias previsto em legislação infraconstitucional (art. 23, Lei Federal n. 12.016/2009), uma vez que contraria a Constituição Federal, pois o art. 5º, inciso LXIX, ao dispor sobre o mandado de segurança, não fixou prazo para impetração³⁶⁶. u

Ora, consoante já discorrido, o mandado de segurança consiste em uma garantia fundamental colocada à disposição do cidadão, e, como todo direito fundamental, deve-se interpretá-lo de forma a conferir a maior efetividade e alcance possíveis. A propósito, nunca é demais lembrar que outros remédios constitucionais, como o *habeas corpus* e o *habeas data*, em que a Constituição também não fixou prazo para impetração, não possuem prazo para impetração, já que a legislação infraconstitucional nada dispôs a respeito.

Nessa medida, suprimido o prazo de 120 (cento e vinte) dias, o mandado de segurança seria regulado apenas pelas normas de prescrição aplicáveis a qualquer tipo de ação judicial.³⁶⁷

Portanto, a regra legal prevista no art. 23 da Lei Federal n. 12.016/2009 é inaplicável ao procedimento comum.

4.3.1.11 Ausência de condenação em honorários advocatícios

Por fim, quanto à ausência de condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei Federal n. 12.016/2009), não há impedimento para a aplicação desse dispositivo ao procedimento comum, desde que em relação somente aos pedidos que atendam aos requisitos constitucionais do *writ*.

Dessa forma, no exemplo já mencionado, se procedente totalmente a pretensão autoral, quanto aos pedidos declaratório (inexistência de relação jurídico-tributária) e mandamental (abstenção de lançamento tributário), que poderiam ter sido veiculados em ação autônoma do *writ*, não haveria condenação em honorários advocatícios, segundo a técnica processual prevista no art. 25 da Lei Federal n. 12.016/2009. Por outra banda, no que tange ao pedido

³⁶⁶ Sustentando a inconstitucionalidade: BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 249. Sugerindo a supressão de tal prazo: BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

³⁶⁷ Nesse mesmo sentido: REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de Segurança: Comentários à Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 159. Contudo, tem prevalecido o entendimento pela constitucionalidade do prazo, conforme Enunciado n. 632 da Súmula do STF: “é constitucional a lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.”

condenatório (repetição de indébito tributário), como tal pleito não é cabível em sede de mandado de segurança, esse capítulo de sentença seria objeto de condenação em honorários advocatícios (art. 85, CPC), cuja base de cálculo, segundo os percentuais previstos no art. 85, § 3º, do CPC, seria apenas sobre a base de cálculo do valor da condenação (*quantum* da repetição de indébito – valores pretéritos ao ajuizamento da ação), a ser liquidado posteriormente.³⁶⁸

4.3.1.12 Vedação de cabimento de embargos infringentes

Incorporando o Enunciado n. 597 da Súmula do STF³⁶⁹ e o Enunciado n. 169 da Súmula do STJ³⁷⁰, o art. 25 da Lei Federal n. 12.016/2009 preconiza que não são admissíveis embargos infringentes no procedimento do mandado de segurança.

Acontece, todavia, que o Código de Processo Civil de 2015 não mais previu o recurso de embargos de infringentes, tal como era previsto no art. 530 do CPC/1973, e que consistia em um recurso contra acórdão não unânime, proferido em apelação ou ação rescisória. Em seu lugar, o art. 942 do CPC prevê a ampliação do julgado em caso de divergência, *in verbis*: “Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.”

Essa nova técnica não se trata de recurso³⁷¹, pelos seguintes motivos: (i) não está previsto expressamente em lei como tal (art. 994, CPC – princípio da taxatividade); (ii) não atende ao requisito da voluntariedade, pois a técnica de ampliação do julgamento é aplicada de ofício; (iii) não há decisão, pois a ampliação se dá antes mesmo do encerramento do julgamento.

³⁶⁸ Não há óbice de condenação parcial em honorários advocatícios, apenas em relação a um dos pedidos. Essa é a inteligência do Enunciado n. 5 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho de Justiça Federal: “ao proferir decisão parcial de mérito ou decisão parcial fundada no art. 485 do CPC, condenar-se-á proporcionalmente o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, nos termos do art. 85 do CPC.”

³⁶⁹ “Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu por maioria de votos, a apelação.”

³⁷⁰ “São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.”

³⁷¹ Em sentido contrário, sustentando a natureza recursal da técnica prevista no art. 942 do CPC: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Pequena história dos embargos infringentes no Brasil: uma viagem redonda. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedor Miranda de. *Novas tendências do processo civil*: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Baseado no relatório apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira. Comissão Presidida pelo Deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 399, v. II.

Não se cuida, também, de incidente processual³⁷², pois incidente diz respeito a surgimento de uma questão incidental no processo, sendo que o voto divergente não é uma questão incidental, pois não se instaura novo procedimento, de forma que o julgamento não será, necessariamente, interrompido.

A nosso ver, trata-se de técnica processual de ampliação de julgamento, para qualificar o quórum da votação nas apelações, nos agravos e nas ações rescisórias, quando não obtida unanimidade.

Essa técnica de ampliação de julgamento, prevista no art. 942 do CPC, aplica-se perfeitamente no julgamento de apelação oriunda de processo de mandado de segurança, de forma que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, tornou-se ineficaz o art. 25 da Lei Federal n. 12.016/2009, que preconiza que não são admissíveis embargos infringentes no processo do mandado de segurança.³⁷³

E nem se pode argumentar que, como os embargos infringentes foram substituídos pela técnica de ampliação de julgamento, como aquele é proibido no processo do mandado de segurança, este também o seria.

Segundo Celso Agrícola Barbi³⁷⁴, três fundamentos deram origem ao Enunciado n. 597 da Súmula do STF, que inadmite embargos infringentes em processo de mandado de segurança, enunciado este que, conforme dissemos, acabou sendo reproduzido pelo art. 25 da Lei Federal n. 12.016/2009: (i) a lei específica do mandado de segurança não visou criar recurso até então inexistente neste procedimento especial; (ii) o procedimento do mandado de segurança é totalmente regulado por lei especial, só se lhe aplicando as normas do Código quando a própria lei assim o determinar; (iii) a interposição dos embargos tem efeito suspensivo que não se coaduna com a executoriedade imediata que caracteriza a sentença concessiva do *mandamus*.

Pois bem, esses três fundamentos não se aplicam à técnica de ampliação de julgamento prevista no art. 942 do CPC, pelas seguintes razões: (i) a técnica de ampliação de julgamento não ostenta natureza recursal, diferentemente dos embargos infringentes; (ii) a Lei Federal n. 12.016/2009 não veda a aplicação dessa técnica; (iii) o fato de a Lei Federal n. 12.016/2009

³⁷² Em sentido contrário, sustentando a natureza de incidente processual: LAMY, Eduardo de Avelar. A transformação dos embargos infringentes em técnica de julgamento: ampliação das hipóteses. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedor Miranda de. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Baseado no relatório apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira. Comissão Presidida pelo Deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 373, v. II.

³⁷³ Enunciado nº 62 da I Jornada de Direito Processo Civil do Conselho de Justiça Federal: “Aplica-se a técnica prevista no art. 942 do CPC no julgamento de recurso de apelação interposto em mandado de segurança.”

³⁷⁴ *Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 232.

não regular determinado instituto processual previsto no Código de Processo Civil, não significa que não se possa aplicá-lo no procedimento do mandado de segurança, tanto que a referida lei não prevê o cabimento de recurso especial contra sentença concessiva do *writ*, mas tal recurso é admitido, aplicando-se o regramento geral do Código de Processo Civil; (iv) a técnica de ampliação de julgamento, como não é recurso, não é dotado de efeito suspensivo, tampouco impede a executoriedade imediata da sentença, não contrariando, portanto, a celeridade e efetividade que se espera do procedimento do mandado de segurança, até porque, como regra, a sessão de julgamento não unânime da apelação não será interrompida para composição do quórum necessário.³⁷⁵

Feitas essas considerações, como não há empecilho para aplicar a técnica de ampliação de julgamento no procedimento de mandado de segurança, *a fortiori*, inexistente óbice para aplicar essa técnica no procedimento comum no qual contenha, em cumulação objetiva, pedidos que atendam aos requisitos constitucionais do *writ* e pedidos sujeitos ao procedimento comum.

4.3.2 Técnicas processuais diferenciadas compatíveis e modelo de aplicação

Do exposto, podem-se elencar as seguintes técnicas processuais diferenciadas do procedimento do mandado de segurança que são compatíveis com o procedimento comum: (i) dever de exibição de documento; (ii) eficácia imediata da sentença; (iii) prioridade legal para julgamento; e (iv) ausência de condenação em honorários advocatícios.

Definidas as técnicas processuais diferenciadas do procedimento especial do mandado de segurança que podem ser empregadas no procedimento comum, a parte autora poderá requerer, já no bojo de sua exordial, a aplicação dessas técnicas processuais ao procedimento comum, em relação aos pedidos que atendam aos requisitos constitucionais do cabimento do *writ*.

Na hipótese de omissão do autor, como é dever do juiz prestar tutela jurisdicional de direito de forma efetiva e adequada, tratando-se de um direito fundamental (art. 5º, XXXV, CF), cabe ao juiz, *ex officio*, adotar essas técnicas processuais diferenciadas no procedimento comum, não havendo óbice para tanto o princípio dispositivo, pois a técnica processual refere-se a atos internos do processo, inexistindo, assim, julgamento *ultra* ou *extra petita* (violação ao princípio da correlação).

³⁷⁵ Art. 942, § 1º, CPC. Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

Todavia, deve o juiz, já no limiar do procedimento comum, informar as partes a respeito da aplicação, naquele litígio, das técnicas processuais diferenciadas previstas no procedimento do mandado de segurança, para que as partes não sejam surpreendidas com a adoção de técnicas não previstas para o procedimento adotado (comum), bem como para oportunizar às partes a sua manifestação prévia, expondo, eventualmente, as suas razões de discordância, tudo em conformidade com o princípio do contraditório preventivo e o princípio da cooperação processual. Com efeito, o art. 10 do CPC cristalizou a regra de vedação de decisões surpresas³⁷⁶, baseadas em premissas não discutidas pelas partes, em afronta ao contraditório e à ampla defesa.³⁷⁷ Diante disso, o princípio do contraditório releva uma nova face: o dever de debate por parte do juiz e o direito de influência das partes³⁷⁸.

Nessa medida, o contraditório é redimensionado para além da mera oportunidade de resposta e direito de contraditar as manifestações da outra parte no processo (direito de informação e de reação), transmutando-se no direito de participação e influência no processo como um limite ao poder do juiz e, por consequência, na existência de um dever de debate por parte deste juiz em relação às partes³⁷⁹, mesmo nos casos em que permitido a atuação de ofício (contraditório preventivo).³⁸⁰ Não é possível aferir se a influência da parte foi efetiva, se não há dever judicial de rebater os fundamentos suscitados pelas partes.

³⁷⁶ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” Trata-se de tendência internacional, já adotada pela Alemanha (§ 139 da ZPO), França (art. 16 do *Code de Procédure Civile*), Portugal (art. 3º, nº 3, do Código de Processo Civil), Itália (art. 183, nº 3, do *Codice di Procedura Civile*) e Estados Unidos (princípio 22.2 e 22.2.4 dos *Principles of Transnational Civil Procedure*). Esse tema na doutrina: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993; MONTESANO, Luigi, La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”, *Rivista di Diritto Processuale*, anno 55, n. 4, p. 929-1047, ott./dic., 2000; CABRAL, Antônio Passos, II principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista Di Diritto Processuale*. Milano: CEDAM, 2005, v. 2. nº 2, p. 449-464; GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n. 4, luglio/agosto, 2010.

³⁷⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970, p. 145-146; NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 222.

³⁷⁸ CABRAL, Antônio Passos, II principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista Di Diritto Processuale*. Milano: CEDAM, 2005, v. 2. nº 2, p. 449-464.

³⁷⁹ Salienta Alvaro de Oliveira: “O conteúdo mínimo do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido este mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 15, p. 7-20, 1998)

³⁸⁰ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 657.

Essa face do contraditório revela o caráter democrático do processo, em que as partes têm o direito de participar e influenciar na construção da norma jurídica aplicável ao caso em julgamento.³⁸¹ O debate judicial amplia o quadro de análise, constringe o exame de argumentos diversos, reduz o perigo de opiniões pré-concebidas, favorecendo a formação de uma decisão mais aberta e justa.³⁸²

O dever do juiz de ouvir previamente as partes, antes de decidir qualquer matéria (inclusive de ofício), decorre também do princípio da cooperação processual, previsto no art. 6º do CPC³⁸³.

O princípio da cooperação destina transformar o processo civil em uma “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft, cumunione di lavoro*) e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados³⁸⁴, e encontra fundamento no Estado Democrático Constitucional.³⁸⁵ Essa divisão de trabalho no processo impõe um dever de conduta objetivo às partes e ao juiz, em desdobramento do dever de boa-fé processual objetiva, de modo que os comportamentos das partes e do órgão jurisdicional devem ser pautados de forma objetiva

³⁸¹ “A norma jurídica é fruto de uma colaboração entre o legislador e o juiz, de modo que a sociedade civil tem o direito não só de influir no momento de sua formação legislativa, mas também no momento da sua reconstrução jurisdicional.” (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 578)

³⁸² TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 645.

³⁸³ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” Sobre o princípio da cooperação na doutrina estrangeira: GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile, *Rivista di diritto processuale*, n. 21, 1966, p. 580-609; DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*. New Haen/London: Yale University Press, 1986; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997; DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil português*. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2010; GREGER, Reinhard. *Cooperação como Princípio Processual*. In.: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. Na doutrina brasileira, destaca-se: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, v. 30, n. 90. 2003, p. 56; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 6, p. 47-59, set. 2003; DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, p. 213, ago./2011; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 3. ed. São Paulo: GEN/Forense, 2016, p. 87-101.

³⁸⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 62.

³⁸⁵ O modelo de processo cooperativo está umbilicalmente ligado ao modelo de Estado atual, uma vez que cada modelo de processo corresponde a um modelo de Estado, sendo notável a distinção entre os Estados Liberal, Social e Democrático para verificar a correspondência das posturas adotadas quanto à divisão de trabalho entre as partes e ao juiz. O modelo de processo dispositivo corresponde ao Estado Liberal; o modelo inquisitivo, ao Estado Social; e o modelo cooperativo, ao Estado Democrático Constitucional. (CADIET, Loïc. Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Review. *Ritsumeikan Law Review*, nº 28, 2011; DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 120-122, v. I.)

para que se obtenha a decisão de mérito justa, adequada, tempestiva e efetiva³⁸⁶. Isso não significa que as partes deixarão de ser litigantes e de atuar em polos contrapostos em benefício de seus próprios interesses³⁸⁷, mas impõe às partes um comportamento processual pautado por uma cooperação objetiva, com deveres de conduta, sancionáveis em caso de descumprimento³⁸⁸.

O feixe de relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos das relações processuais gera deveres de lealdade, proteção e esclarecimento, na linguagem sacramentada do direito civil sobre os deveres anexos da boa-fé objetiva (em sua função integrativa), igualmente aplicável ao direito processual.³⁸⁹ Estes deveres são o núcleo do princípio da cooperação e obrigam as partes e o juiz. Vejamos em relação ao juiz como se revela os deveres de lealdade, proteção e esclarecimento.³⁹⁰

O dever de lealdade é consequência do dever de boa-fé processual.³⁹¹ O dever de proteção inclui os deveres de prevenção (dever do juiz de apontar as deficiências das postulações das partes, para que sejam supridas) e de auxílio³⁹². O dever de esclarecimento inclui o dever de

³⁸⁶ ZANETI JR, Hermes. CPC/2015: O Ministério Público como Instituição de Garantia e as Normas Fundamentais Processuais. *Revista Jurídica. Corregedoria Nacional*, v. 2, 2017, p. 117.

³⁸⁷ “[...] equivocado relacionar a ideia de cooperação no processo à colaboração harmônica entre as partes ou à imagem do juiz como terapeuta social [...] Para as partes, o princípio da cooperação não significa que elas devam resolver seu processo [...] em íntimo companheirismo [...] essa seria uma utopia alienígena [...] a exigência de cooperação significa [...] que as partes – cada uma por si – discutam a adequada condução do processo pelo juiz e dela participem.” (GREGER, Reinhard. *Cooperação como Princípio Processual*. In.: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 301/310). E mais: “A cooperação também não se trata nem mesmo de uma visão romântica que induziria a crença de que as pessoas no processo querem, por vínculos de solidariedade, chegar ao resultado mais correto para o ordenamento jurídico. Esta utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho. O problema são os custos desta atividade não cooperativa em um sistema sobrecarregado e de alta litigiosidade – não apenas numérica, mas de diversidade de litígios”, (THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 89)

³⁸⁸ Além das hipóteses tipificadas com sanções expressas, a violação à cooperação poderá ensejar uma série de desvantagens processuais, “seja por meio da sentença de revelia [...] em caso de ausência total, seja por meio de preclusão dos argumentos intempestivos [...], seja ainda por meio de sentença de mérito [...] por insuficiência de provas ou de comprovação.” (GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. *Revista do Processo*, ano 37, v. 206, abr/2012, p. 305)

³⁸⁹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 604/608; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 97/103.

³⁹⁰ Miguel Teixeira de Sousa cita quatro poderes-deveres ou deveres funcionais dos juízes no direito luso, decorrentes do princípio da cooperação, quais sejam, os de esclarecimento (art. 7º, nº 2, NCPC), de consulta (art. 3º, nº 3, NCPC), de prevenção (art. 590º, nº 2, "b" e art. 591º, nº1, "c", NCPC) e de auxílio (art. 7º, nº 4, art. 418, nº 1 e art. 754, nº 1, "a", NCPC). (Ob. Cit., p. 67).

³⁹¹ Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

³⁹² Miguel Teixeira de Sousa explicita que o dever de auxílio consiste no dever de auxiliar as partes, sempre que possível, na superação de empecilhos sérios à obtenção de documentos ou informações que condicionem o eficaz exercício de um direito ou de uma faculdade, ou o cumprimento de um dever ou de um ônus processual. (Ob. Cit., p. 67). Entrementes, quanto ao dever de auxílio, Fredie Didier escreve que “não nos parece possível defender a existência deste dever no direito processual brasileiro. A tarefa de auxiliar as parte é do seu representante judicial: advogado ou defensor público. Não só não é possível: também não é recomendável. É

consulta (ouvir as partes antes de decidir, ainda que seja matéria de ordem pública) e o dever de esclarecimento propriamente dito (dever do juiz se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas sobre suas alegações).

Feitas essas considerações, ante o dever de cooperação do juiz para com as partes, na modalidade do dever de consulta, deve o magistrado ouvir previamente as partes³⁹³, antes de alterar o procedimento comum inserindo técnicas processuais específicas do mandado de segurança, e apresentar fundamentação analítica e concreta a respeito do cabimento dessas técnicas processuais diferenciadas no procedimento comum, conforme já exposto nesta obra.

simplesmente imprevisível o que pode acontecer se se disser ao órgão julgador que ele tem um dever atípico de auxiliar as partes. É possível, porém, que haja deveres típicos de auxílio, por expressa previsão legal.” (*Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 131, v. I). Pensamos que há fundamento jurídico que justifique o dever de auxílio, pois o juiz não é mais um mero expectador do processo, em que as partes se digladiam na arena processual, vencendo o mais forte. O juiz tem um compromisso em prestar uma tutela de direito justa, o que apenas ocorrerá se entregue uma sentença com qualidade. Evidentemente, no exercício desse dever, o juiz deverá manter a sua imparcialidade, atuando tão-somente nos casos excepcionais em que a relevância do bem jurídico tutelado, a vulnerabilidade da parte (igualdade material) ou a complexidade do direito assim justificarem, com os olhos fitos em preservar, sempre, a igualdade substancial (e não meramente formal) entre as partes.

³⁹³ Ressalta-se que o dever do juiz é apenas de consultar previamente as partes, não dependendo, de outro lado, do consentimento das partes para adequar o procedimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude do Estado Democrático Constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988, a estrutura do processo civil brasileiro sofreu substancial transformação, pois está alicerçado, agora, nos valores fundamentais constitucionais (notadamente nos direitos fundamentais) e nos valores éticos (boa-fé e cooperação). Trata-se do atual estágio metodológico do processo: formalismo-valorativo.

Por conta de todas essas transformações, e considerando a garantia fundamental de acesso à justiça prevista no art. 5º, XXXV, da Carta Magna (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), deflui-se que a finalidade constitucional do processo é a tutela de direitos, de forma efetiva, adequada e tempestiva, mediante processo justo, e não a mera atuação da lei.

Dentro dessa finalidade constitucional do processo, o escopo de prestar tutela adequada justifica a existência de procedimentos especiais. Com efeito, a existência de um único procedimento – neutro e uniforme – nunca poderá satisfazer as diversas necessidades da tutela do direito material. Disso resulta o princípio da adequação ao procedimento, que se revela sob os aspectos subjetivo, objetivo e teleológico.

Entrementes, se é certo que se justifica a existência de procedimentos especiais para prestar tutela de direito adequada, é utópico admitir que o legislador pode criar tantos procedimentos quantos forem às situações do direito material, porquanto o legislador sempre estaria atrasado em relação às necessidades dinâmicas da vida social (direito material). Com efeito, os procedimentos especiais, criados abstrata e previamente pelo legislador, não são suficientes, em todos os casos, para atender um dos objetivos do processo: prestar tutela jurisdicional de direito de forma adequada. Logo, o processo não deve apenas ser estruturado, prévia e legalmente (adequação legislativa), para atender às necessidades do direito material, mas deve também conferir às partes (adequação negocial) e ao juiz (adequação jurisdicional) ajustar o procedimento às particularidades da demanda, no caso concreto.

O princípio da adequação jurisdicional, embora não encampado de forma atípica (genérica), encontra-se em vários dispositivos legais do Código de Processo Civil de 2015, destacando-se nesta obra o art. 327, § 2º, que, além de autorizar a cumulação objetiva de pedidos que correspondem a tipos diversos de procedimentos, tal como já previa o art. 292, § 2º, do CPC/1973, foi além, permitindo-se que sejam empregadas as técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais, desde que não sejam incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Com fulcro nessas premissas, demonstrou-se no presente trabalho a possibilidade de aplicação do art. 327, § 2º, do CPC, à pretensão mandamental em matéria tributária, ou seja, é possível cumular, em único procedimento comum, pedido que comporte o procedimento especial do mandado de segurança, e pedido que comporte apenas o procedimento comum, mantendo-se, todavia, no bojo do procedimento comum, as técnicas processuais diferenciadas previstas no procedimento especial do mandado de segurança (Lei Federal n. 12.016/2009).

Com efeito, se afigura possível o ajuizamento de uma única ação tributária em cumulação objetiva de pedidos, sob o procedimento comum, mas mantendo as técnicas processuais diferenciadas do mandado de segurança, em relação àqueles pedidos que seriam suscetíveis de postulação na via mandamental (atendidos os requisitos constitucionais de cabimento desta), e naquilo em que for compatível com o procedimento comum.

Contudo, para se valer do permissivo inserto no art. 327, § 2º, do CPC, qual seja, o emprego, no procedimento comum, das técnicas processuais diferenciadas previstas no procedimento especial do mandado de segurança a que sujeitam um ou mais pedidos cumulados, afirmou-se que esses pedidos deveriam atender a todos os requisitos constitucionais de cabimento do mandado de segurança. De outro giro, para aqueles pedidos apresentados no bojo do procedimento comum que não atendessem aos requisitos constitucionais de cabimento do *writ*, não se revelaria possível empregar as técnicas processuais diferenciadas do *mandamus*.

Elencaram-se as seguintes técnicas processuais diferenciadas previstas no procedimento especial do mandado de segurança (Lei Federal n. 12.016/2009), não reproduzidas no procedimento comum do Código de Processo Civil, a saber: i) dever de exibição de documento pelo órgão público, incidentalmente (art. 6º, §§ 1º e 2º); (ii) notificação da autoridade coatora para prestar informações no prazo de 10 (dez) dias (art. 7º, I); (iii) ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada (art. 7º, II); (iv) competência absoluta em razão qualidade e da sede da autoridade coatora; (v) oitiva obrigatória do Ministério Público (art. 12); (vi) remessa necessária obrigatória (art. 14, § 1º); (vii) legitimidade recursal da autoridade coatora (art. 14, § 2º); (viii) eficácia imediata da sentença (art. 14, § 3º); (ix) prioridade para julgamento da ação mandamental (art. 20); (x) prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração (art. 23); (xi) ausência de condenação em honorários advocatícios (art. 25); (xii) vedação de cabimento de embargos infringentes (art. 25).

Todavia, após análise detida individual dessas técnicas, conclui-se pela compatibilidade com o procedimento comum apenas das seguintes técnicas processuais diferenciadas do mandado

de segurança: (i) dever de exibição de documento; (ii) eficácia imediata da sentença; (iii) prioridade legal para julgamento; e (iv) ausência de condenação em honorários advocatícios.

Dessas técnicas, explanou-se que a eficácia imediata da sentença no *writ* (recurso recebido, em regra, apenas no efeito devolutivo) é a técnica processual mais relevante e útil a ser aplicada no procedimento comum, especificamente em relação àqueles pedidos que seriam suscetíveis de postulação na via mandamental.

Justificou-se a importância dessa técnica porque, a despeito da proposta da Comissão que elaborou o anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, e aprovada inicialmente no Senado Federal, não fora aprovada na Câmara de Deputados o dispositivo que previa, como regra, apenas o efeito devolutivo na interposição de apelação, seguindo-se, assim, a regra anterior, na qual estabelece que a apelação terá efeito devolutivo e suspensivo (art. 1.012 do CPC). A eficácia imediata da sentença está em sintonia com a *ratio* do procedimento especial de mandado de segurança, criado para ser uma via célere e efetiva contra atos ilegais da Administração Pública, bem como está em consonância com o objetivo do processo, que é prestar tutela de direito de forma efetiva, adequada e tempestiva (duração razoável do processo).

Por derradeiro, concluímos que a parte autora poderá requerer, já no bojo de sua exordial, a aplicação dessas técnicas processuais diferenciadas ao procedimento comum, em relação aos pedidos que atendam aos requisitos constitucionais do cabimento da via mandamental.

Na hipótese de omissão de pedido da parte autora, como é dever do juiz prestar tutela jurisdicional de direito de forma efetiva e adequada, tratando-se de um direito fundamental (art. 5º, XXXV, CF), entendemos cabe ao juiz, *ex officio*, adotar essas técnicas processuais diferenciadas no procedimento comum, não havendo óbice para tanto o princípio dispositivo, pois a técnica processual refere-se a atos internos do processo, inexistindo, assim, julgamento *ultra* ou *extra petita* (violação ao princípio da correlação).

Entretanto, defendemos que cabe ao juiz, já no limiar do procedimento comum, informar as partes a respeito da aplicação, naquele litígio, das técnicas processuais diferenciadas previstas no procedimento do mandado de segurança, para que não sejam surpreendidas com a adoção de técnicas não previstas para o procedimento adotado (comum), bem como para oportunizar às partes a sua manifestação prévia, expondo, eventualmente, as suas razões de discordância, tudo em conformidade com o princípio do contraditório preventivo e o princípio da cooperação processual.

Com efeito, demonstrou-se que o princípio do contraditório releva uma nova face: o dever de debate por parte do juiz e o direito de influência das partes. A par disso, o princípio da

cooperação transformou o processo civil em uma “comunidade de trabalho”, impondo um dever de conduta objetivo às partes e ao juiz, em desdobramento do dever de boa-fé processual objetiva. Dentro desses deveres, situa-se o dever de consulta, cabendo ao juiz ouvir as partes antes de decidir, ainda que seja matéria de ordem pública.

Por tais razões, deve o magistrado ouvir previamente as partes antes de alterar o procedimento comum, inserindo técnicas processuais específicas do mandado de segurança, bem como apresentar fundamentação analítica e concreta a respeito do cabimento dessas técnicas processuais diferenciadas no procedimento comum.

Destarte, espera-se que o presente trabalho contribua para que o jurisdicionado possa receber tutela jurisdicional de forma efetiva, adequada e tempestiva, mediante processo justo, cumprindo, assim, o processo com a sua finalidade constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme;; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. I.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. II.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. III.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista do Processo*. Ano 17, n. 65, jan-mar/1992, p. 45-55.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA, Rui. *A Constituição e os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida, 1893.

_____. *Comentários à Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 1933.

_____. *Oração aos moços*. 18. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança: fundamentos históricos e constitucionais. In *Mandado de Segurança*. Sérgio Ferraz (org.). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris e Instituto dos Advogados Brasileiros, 1986.

_____. *Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, p. 5-37, jul/set. 2001.

_____. *O Controle de constitucionalidade do Direito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela antecipada*. Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Direito e Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenação Antônio Passos Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOCHENEK, Antônio César. A autoridade coatora e o ato coator no mandado de segurança individual. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Aspectos polêmicos do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONOMO JR, Aylton; BUFULIN, Augusto Passamani; SANTOS, Katharine Maia. Breve análise do vício processual da inexistência em face do novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 68, p. 17-36, 2016.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentário às Leis ns. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *A nova lei do mandado de segurança*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUFULIN, Augusto Passamani. *O erro e seus requisitos*. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

_____.; BONOMO JR, Aylton; SANTOS, Katharine Maia dos. Breve análise do vício processual da inexistência em face do novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 68, p. 17-36, 2016.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BUZAID, Alfredo. *Da apelação “ex officio” no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1951.

_____. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. I.

CABRAL, Antônio Passos, *Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*. Rivista Di Diritto Processuale. Milano: CEDAM, 2005, v. 2. n° 2.

_____. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CADIET, Loïc. Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Review. *Ritsumeikan Law Review*, n° 28, 2011.

CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Opere giuridiche. Napoli: Morano, 1970, v. IV.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, p. 157, Vol. LXVI, 1990.

_____. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Constituição e défice procedimental*. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPONI, Remo. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 10, Vol. 17, n. 2, jul/dez-2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Le garanzie costituzionali delle parti nel processo civile italiano, in *Giustitia e società*, Milano, 1972.

_____. *Le azione a tutela di interessi collettivi*: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: CEDAM, 1976.

_____. A ideologia no processo civil. Tradução: Athos Gusmão Carneiro. *AJURIS*, ano VIII, n. 23, p. 16-33, novembro, 1981.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Hellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

_____. *Giudici irresponsabili?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Milano: Giuffrè, 1988.

_____. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press/Clarendon Press, 1991.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARNELUTTI, Francisco. *Como se faz um processo*. Campinas: Minelli, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

CAVALCANTI, Themistócles Brandão. *Do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freita Bastos, 1957.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell'azione nascente dal contrato preliminare*. Saggi di diritto processuale civile (1894-1937), Milano: Giuffrè, 1993, v. I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia dell'Azione ed il Processo Civile*. Padova: Cedam, 1970.

_____. *Il principio di economia processuale*. Padova: Cedam, 1982, v. II.

_____. I modelli di garanzia costituzionale del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLV, 1991.

_____; TARUFFO, Michele; FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*. 2. ed., Mulino: Bologna, 1998.

_____. Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile. *Rivista di diritto processuale*. Ano LXIII (Seconda Serie), n. 6, nov/dez 2008.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé no direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Pequena história dos embargos infringentes no Brasil: uma viagem redonda. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER

JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedor Miranda de. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Baseado no relatório apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira. Comissão Presidida pelo Deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014, v. II.

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “Sistema de Construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 129-154, 1998.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2016.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. Napoleão Nunes Maia Filho; Caio Cesar Vieira Rocha; Tiago Asfor Rocha Lima (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JR, Fredie. Sobre dois importantes e esquecidos princípios do processo: adequação e adaptabilidade. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 83, v. 27, set. 2001.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil português*. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2010

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, p. 213, ago./2011.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. I.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. II.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Processo Civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. III.

_____; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. IV.

_____. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenação Antônio Passos Cabral e Ronaldo Cramer, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nasce um novo processo civil*. Reforma do Código de Processo Civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O novo Código de Processo Civil Brasileiro e a ordem processual civil vigente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 247, p. 63-103, set/2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Justificação teórica dos procedimentos especiais*. Ensaios de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

FAZZALARI, Elio. L'Esperienza del Processo nella Cultura Contemporanea. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1965.

FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, p. 290-304, 1966.

_____. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. 8. ed. Roma/Bari: Laterza, 2004.

_____. *Principia Iuris*. Teoria del diritto. Roma/Bari: Laterza, 2007, tomo I.

_____. *La democrazia attraverso i diritti*. II costituzionalismo garantista come modelo teorico e come progetto politico. Roma/Bari: Laterza, 2013.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRI, Corrado; COMOGLIO, Luigi Paolo; TARUFFO, Michele Taruffo. *Lezioni sul Processo Civile*. 2. ed. Mulino: Bologna, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREIRE JR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____; SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no Novo CPC. *Revista Tribunal Superior do Trabalho*, v. 82, n. 3, jul/set-2016.

GILLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Espanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GONCALVES, T. F., MAZZEI, Rodrigo. Visão geral dos procedimentos especiais. In: Cassio Sarpinella Bueno. (Org.). PRODIREITO. Direito Processual Civil. *Programa de atualização em Direito: Ciclo 1*. 1. ed. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015, v. II.

GONÇALVES, William Couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual* – Estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 6, p. 47-59, set. 2003.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n. 4, luglio/agosto, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio de discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GREGER, Reinhard. Cooperação como Princípio Processual. In.: Fredie Didier Jr, Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____. Tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 333.

_____; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUASTINI, Ricardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990, cap. I.

HAMBLOCH, Ernest. *His Majesty. The President of Brazil. A study of constitutional Brazil*. New York: E.P. Dutton & Company, 1936.

HOBBS, Thomas. *Leviathan, or the matter, forme, power of a common-wealth ecclesiastical and civil*. London: Andrew Croke, 1651.

IHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano*. Tradução de Rafael Benaoin. Rio de Janeiro: Calvino F., 1934, v. I.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. Salvador: Juspodivm, 2009.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 2, n. 3, p. 74-86, jul./dez. 1961.

_____. O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976.

LAMY, Eduardo de Avelar. A transformação dos embargos infringentes em técnica de julgamento: ampliação das hipóteses. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedor Miranda de. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Baseado no relatório apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira. Comissão Presidida pelo Deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014, v. II.

LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madri: Tecnos, 1988.

MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de Segurança em matéria tributária*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. I.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. II.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. III.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. São Paulo: Saraiva, 1959.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A intervenção do Ministério Público no processo civil. In: SALLES, Carlos Alberto (org). *Processo Civil e interesse público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZEI, Rodrigo. O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr e Rodrigo Mazzei (org.). Salvador: JusPodivm, 2006, p. 34.

_____; GONCALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais. In: Cassio Sarpinella Bueno. (Org.). PRODIREITO. Direito Processual Civil. *Programa de atualização em Direito: Ciclo I*. 1. ed. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015, v. II.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; POCHMANN DA SILVA, Larissa Clare. Normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015: Breves Reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul/dez 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. J.J. Gomes Canotilho (coord). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936, v. I.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, Tomo I.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, Tomo VI: ações mandamentais.

MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, n. 2, p. 101-128, set. 2004.

_____; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Curso de Processo Civil*. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. I.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. I.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Código de Processo Civil*. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. II.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Código de Processo Civil*. Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. III.

MONTESANO, Luigi, La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”, *Rivista di Diritto Processuale*, anno 55, n. 4, p. 929-1047, ott./dic., 2000.

MOSTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. 3. ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e questões preliminares. *Direito Processual Civil* – ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Mandado de segurança: uma apresentação. In *Temas de Direito Processual: 6ª série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 17, 2. Sem. 1999.

_____. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, p. 74-83, jul/set. 2000.

_____. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual* – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In *Temas de direito processual: 8. Série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NALINI, José Renato. O juiz brasileiro e a Nova Lei do Mandado de Segurança. In: ALVIM, Eduardo Arruda (coord.). *O novo mandado de segurança: estudos sobre a Lei n. 12.016/2009*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência*. Porte Alegre: Sulina, 1993, v. II.

NETO, ABILIO. *Código de Processo Civil Anotado*. 22. ed. Coimbra: Coimbra, 2009.

NEVES, Celso. Mandado de Segurança, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção. *Revista Ltr*, v. 52, n. 11, nov. 1998.

NUNES, José de Castro. *Do mandado de Segurança*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto (org.). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.

_____. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 15, p. 7-20, 1998.

_____. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 96.

_____. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, 2002, n. 26.

_____. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 55-84, jun. 2003.

_____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 8, nº 767, maio/2008.

_____. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PISANI, Andrea Proto. Tutela Giurisdizionale Differenziata e Nuovo Processo del Lavoro. *Il Foro Italiano*. vol. 96, n. 9, set/1973, p. 205-250.

_____. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*. Ano XXXIV, n. 4. Padova: Cedam, 1979.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli, Jovene, 1994.

_____. *Giusto Processo e Valore della Cognizione Piena. Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 2002.

_____. Necessità di sciogliere i nodi e gli equivoci della espressione: tutela giurisdizionale differenziata. *Revista de Processo*. v. 40, n. 240, fev/2015, p. 281/289.

RABELO, Manoel Alves; SANTOS, Katharine Maia dos. Teoria geral da prova cível: breves considerações. In: Margareth Vetis Zaganelli. (Org.). *Processo, Verdade e Justiça - estudos sobre a prova judicial*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 97-116, v. I.

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório e o Novo CPC. Em busca da interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. *Grandes Temas do Novo CPC – Direito probatório*. William Santos Ferreira e Marco Jobim (coord.). Salvador: Juspodivm, 2015.

ROCHA, José de Moura. *Mandado de segurança: a defesa dos direitos individuais*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROZO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista brasileira de ciências sociais*. Ano 11, n. 30, p. 29-62, fev. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Clóvis Couto e. A teoria das ações em Pontes de Miranda. *Ajuris*. Porto Alegre, n. 15, n. 43, p. 68-78, jul. 1998.

_____. Autoridade pública e mandado de segurança. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, p. 127-144.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 1993.

_____. Eficácia da sentença e coisa julgada. In: *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Safe, 1995.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

_____. Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil, *Cadernos de Direito Privado*, v. 43, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica, a lei e a justiça: discussão dos obstáculos ao acontecer da Constituição. In: TUBENCHLAK, James (coord.). *Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001.

TARUFFO, Michele. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*. 2. ed. Mulino: Bologna, 1998.

_____. *Uma Simples Verdade*. O Juiz e a Construção dos Fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons: 2012.

_____. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – procedimentos especiais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. III.

_____. *O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. 3. ed. São Paulo: GEN/Forense, 2016.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

_____. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LV, n. 2, 2001.

_____. Processo e Costituzione nell’opera di Mauro Cappelletti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Giuffrè Editore. Anno LXIX, n. 2, giugno, 2015.

TUCCI, José Roberto Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Precedente Judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WALD, Arnoldo; MEIRELES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Lei do mandado de segurança (Lei n. 12.016, de 7-8-2009) e o novo CPC. In: CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio; DANTAS, Bruno; DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; REDONDO, Bruno Garcia (coords.). *Novo Código de Processo Civil: impactos na legislação extravagante e interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2016, v. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer. In Sálvio Figueiredo Teixeira (coord.). *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. *A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações ente processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenação Antônio Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. IV.

_____. CPC/2015: O Ministério Público como Instituição de Garantia e as Normas Fundamentais Processuais. *Revista Jurídica. Corregedoria Nacional*, v. 2, 2017, p. 101-166.

_____. *O valor vinculante dos precedentes*. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.