

DANIEL GUIMARÃES ZVEIBIL

O mandado de segurança no sistema processual brasileiro: contribuição para revitalização de sua “eficácia potenciada”

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração em Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor Walter Piva Rodrigues.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

(...)

#### **IV. ESMAECIMENTO DOS CONTORNOS DISTINTIVOS DO MANDADO DE SEGURANÇA DIANTE DA TRANSFORMAÇÃO DO MODELO ORDINÁRIO BRASILEIRO. CONCLUSÕES PARCIAIS**

25. Quadro n. 01: representação do posicionamento da denominada ação sumária especial (1894) nos dois sistemas processuais coexistentes. 26. Quadro n. 02: posicionamento dos mandados de segurança de 1934, de 1939 e de 1946. 27. Quadro n. 03: quadros anteriores em comparação aos procedimentos ordinário e do *habeas corpus*. 28. Quadro n. 04: acréscimo de dados no quadro n. 03 com os períodos constitucionais de 1967/69 e 1988. 29. Considerações finais do capítulo: esmaecimento da clássica concepção posta em evidência por Kazuo Watanabe. 30. Ideias consolidadas e conclusões parciais.

(...)

30. Seja como for, de acordo com o que expusemos até o presente ponto, parece-nos maduro o momento para listarmos algumas ideias consolidadas que nos servirão de base para o desenvolvimento de nossa proposta de tese:

- 1) Na história milenar do processo coexistem, no mínimo, dois sistemas processuais igualmente válidos de se fazer justiça, com tecnologias jurisdicionais próprias, e os quais podem ser identificados nos modelos *interdital* e *ordinário* (ou comum, ou padrão).
- 2) No direito brasileiro essas duas antigas tendências possuem seus espaços próprios, os quais foram se alterando ao longo do tempo por razões políticas e sociais, e no contexto brasileiro o mandado de segurança é fruto da insuficiência do modelo ordinário, conforme sequência resumida a seguir:

- a. no final da Monarquia e no início da República (1891), tendo em vista a inadequação do procedimento ordinário para impugnação judicial de atos estatais, a advocacia brasileira passou a utilizar os interditos possessórios e o *habeas corpus* em busca de resultados mais efetivos;
  - b. o uso dos interditos jamais se consolidou, entretanto, a jurisprudência acolheu, com base na letra do art. 72, § 22, da Constituição de 1891, o que se denominou *doutrina brasileira do “habeas corpus”*, permitindo que o *habeas corpus* fosse utilizado não só para a defesa imediata, direta ou indireta, do direito de locomoção, mas para outros direitos em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder;
  - c. ao longo da República Velha discutiu-se a criação de substituto para a doutrina brasileira do *habeas corpus*, intenção que se fortaleceu com sua extinção causada pela emenda constitucional de 1926;
  - d. O mandado de segurança surge exatamente desse contexto histórico, derivando diretamente do *habeas corpus*, o mais simplificado meio processual dentre outros que pertencem ao conjunto do *modelo interdital*, tendo sido influenciado também, em menor medida e em proporções diferentes, por outros meios processuais da família interdital (interditos possessórios, *juicio de amparo* mexicano, *writ of mandamus* do mundo anglo-saxão, havendo quem inclua influência remota das cartas do antigo direito português);
  - e. o mandado de segurança, ressalte-se, herda o *raio* ou *espaço de atuação* do *habeas corpus* da doutrina brasileira, mas a tecnologia jurisdicional tende a se aproximar mais do *habeas corpus* utilizado no contexto do controle (ou repressão) social da pobreza, em razão dos marcos normativos que destacam em traços fortes a *excepcionalidade* do mandado de segurança.
- 3) Contudo, as influências sobre o mandado de segurança não se limitaram a meios processuais que pertencem ao modelo ou à família interdital, mas também ficou sujeito ao influxo do modelo ordinário (ou padrão) por meio principalmente da ação sumária especial, cujo procedimento é mais simplificado que o ordinário – procedimento mais representativo no conjunto de processos que admitem contraditório em igualdade de posições – mas que pode ser colocada próximo do modelo ordinário por ostentar tendência de garantir o contraditório em igualdade,

sendo claramente identificável essa influência da ação sumária especial desde os debates parlamentares realizados em torno do Projeto Gudesteu Pires (1926), e havendo regras reguladoras do mandado de segurança advindos dessa ação, como o prazo máximo de impetração.

- 4) Após a instituição do mandado de segurança (1934), as demais influências interditalis (as menores) perderam-se nos debates doutrinários, jurisprudenciais e parlamentares, prevalecendo a partir daí o processo do *habeas corpus* (modelo interdital) e o processo da ação sumária especial de 1894 (representativa do gênero ordinário), e com a revogação da ação sumária especial a influência é do modelo ordinário, garantidor do direito de ampla defesa.
- 5) O fator “modelo ordinário” entra em cena na seguinte lógica: do mesmo modo que se deu com o *habeas corpus*, o mandado de segurança sempre foi “formalizado” pelos regimes autoritários ao ser aproximado da tradição do modelo ordinário, sendo o exemplo mais representativo o mandado de segurança do Estado Novo. Os regimes democráticos, por outro lado, tenderam a simplificar o mandado de segurança, conduzindo-o a maior influxo do *habeas corpus*, conforme se viu principalmente em 1946, quando constituintes retiraram marcos normativos de “excepcionalidade” do mandado (criados em 1934 e reforçados pelo Estado Novo) e, posteriormente, os parlamentares mencionaram o *habeas corpus* como referencial do mandado de segurança ao regulamentarem-no pela Lei nº 1.533/51, simplificando-o.
- 6) Nesse jogo de tendências políticas sobre o mandado de segurança, entra em cena outro fator a partir do segundo quartel do século XX (Lei nº 960/38 e Código de Processo Civil de 1939), quando se inicia, com maior ênfase, a simplificação e racionalização do procedimento ordinário, que passa a absorver características típicas do modelo interdital.
- 7) Detalhando o movimento histórico desse novo fator, o modelo ordinário incorpora gradualmente maiores funções ao “despacho saneador”, racionalizando o procedimento padrão e fortalecendo principalmente a possibilidade de abreviação do processo, característica muito própria do modelo interdital. A partir das reformas dos anos 1990, o procedimento ordinário sofre, rapidamente, transformações revolucionárias que rompem com os padrões clássicos do modelo ordinário. Sob

forte pressão da expansão da função cautelar, e também da sumarização da tutela jurisdicional do procedimento ordinário, produzindo provimentos qualificados pela doutrina como mandamental e “executivo *lato sensu*”.

- 8) Todo esse quadro histórico, se mentalizarmos as características dos modelos interdital e ordinário, permite-nos enxergar a seguinte ilustração:
- a. em movimento diverso de nosso passado, na República Velha, quando o *habeas corpus* chegou mesmo a ocupar espaço do denominado “processo contencioso” (linguagem da época), atualmente o modelo ordinário absorveu largamente características do modelo interdital, e por isso parte da doutrina aponta que se tornou “procedimento monitorio genérico”, tendendo a se aproximar do modelo interdital conquanto permaneça capaz de garantir igualdade em contraditório pleno a depender da presença de certos requisitos processuais;
  - b. enquanto, de outro lado, atualmente os processos do *habeas corpus* e do mandado de segurança têm sofrido pressões para serem formalizados, situação que os empurra na direção de forma processual mais próxima do modelo ordinário (v. nosso quadro n. 04) e, especialmente quanto ao *habeas corpus*, as “Dez Medidas” propostas pelo Ministério Público Federal “ordinarizariam” drasticamente o *habeas corpus*, o que em termos sistêmicos poderia, teoricamente, influenciar alguns intérpretes na leitura do mandado de segurança, partindo-se da premissa de que a restrição da garantia constitucional do *habeas corpus* poderia ser estendida para o mandado de segurança e outras garantias fundamentais. Ademais, tornaria o procedimento comum civil mais efetivo do que o próprio *habeas corpus* – ou seja, haveria a rotura completa da principal via interdital ativadora da jurisdição constitucional das liberdades.
- 9) Em vista dessa constatação, hoje o procedimento ordinário está mais próximo da lógica interdital, a um modelo mais monitorio (no sentido lato), a ponto do procedimento ordinário ter praticamente a mesma capacidade do mandado de segurança em primeiro grau de jurisdição, sendo mais completa as previsões atinentes à tutela provisória inclusive, conquanto as vedações de liminares do mandado de segurança e a respectiva execução provisória tenham sido cuidadosa e

formalmente transportadas ao procedimento ordinário, permanecendo o Estado, nesse campo, em sua tradicional e indiscutível vantagem.

- 10) Seja como for, hoje, aos poucos ganha terreno a opinião de que o mandado de segurança possui mais valor histórico do que efetivo, em razão das mudanças operadas nele e no modelo ordinário, e a clássica distinção que se costuma fazer ao mandado de segurança com relação ao restante dos instrumentos processuais comuns (Watanabe) continua correta em nosso modo de ver, todavia, muito esmaecida: por um lado, devido à absorção de técnicas interditaes pelo procedimento comum e, de outro, à tendência “ordinarizante” do mandado de segurança.

Levando em conta essas dez considerações, e sobretudo a crescente dificuldade de se distinguir, com traços mais fortes ou seguros, o mandado de segurança em relação ao processo sincrético do atual procedimento comum, propomo-nos a fazer *releitura do mandado de segurança*. A finalidade é tentarmos evidenciar a “eficácia potenciada” do mandado de segurança, de modo a distingui-la com maior clareza no sistema processual e manter acesa a justificativa prática para constar em texto constitucional – não obstante, atualmente, esteja entre as cláusulas pétreas constitucionais.

É o que tentaremos desenvolver no próximo capítulo, levando em consideração a fundamental contribuição de Galeno Lacerda para colocarmos em prática a correta advertência de Barbosa Moreira, qual seja, de não tratarmos o mandado de segurança como se fosse ilha deserta sem comunicação com o resto do universo processual.<sup>1</sup> Sim, o mandado de segurança realmente deve se comunicar com o todo e, na longa e milenar história do processo, *pertence ao modelo interdital* – aspecto que trabalharemos no próximo capítulo de modo mais aprofundado, e principalmente mais contextualizado em termos de moderna ciência processual.

Todavia, tenha-se em mente que – sob o influxo da atmosfera política em que está inserido – as características do mandado de segurança podem oscilar: ora tendendo ao modelo interdital, ora tendendo ao modelo ordinário. E essa consciência é absolutamente fundamental para que o intérprete não se torne joguete de discursos oficiais, estes muitas vezes alimentados e difundidos por uma academia que se acomodou a uma visão distorcida e fragmentada do mandado de segurança.

---

<sup>1</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Mandado de Segurança: uma Apresentação..., cit., p. 206/207.

