

“A QUARTIER LATIN teve o mérito de dar início a uma nova fase, na apresentação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas neutras e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou de tal forma o setor, que inúmeras Editoras seguiram seu modelo.”

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Editora Quartier Latin do Brasil

Empresa Brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001

Rua Santo Amaro, 316 – CEP 01315-000

Vendas: Fone (11) 3101-5780

Email: quartierlatin@quartierlatin.art.br

Site: www.quartierlatin.art.br

*José Rogério Cruz e Tucci
Walter Piva Rodrigues
Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo
(Coordenadores)*

PROCESSO CIVIL

HOMENAGEM A

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

CASSIO SCARPINELLA BUENO	LEONARDO MANSO VICENTIN
DANIEL GUIMARÃES ZVEIBIL	LUIZ DELLORE
ÉRICA BARBOSA E SILVA	MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONICIO
FÁBIO NUSDEO	MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
FERNANDA TARTUCE	MARIANA CAPELA LOMBARDI MORETO
FLÁVIO LUIZ YARSELL	MARÍLIA DA COSTA GOLFERI
FREDIE DIDIER JR.	MARINA RODRIGUES DA SILVEIRA
HUMBERTO THEODORO JÚNIOR	PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON
JOSÉ JAIR MARQUES JUNIOR	RAFAEL LESSA VIEIRA DE SÁ MENEZES
JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI	RICARDO DE BARROS LEONEL
LEONARDO DOS SANTOS GONZALES	RODOLFO DA COSTA MANSO REAL AMADEO
LEONARDO GRECO	WALTER PIVA RODRIGUES



Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, primavera de 2013
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

Tombo. 12.308.....
Classif. 347.9.....
PHA. P986.....
Ano. 2013. V.....
Ed.:
Ass.: AMZ/08.11.13

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 – Centro – São Paulo

Contato: quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Antonio Marcos Cavalheiro

Revisão gramatical: Ronaldo Santos Soares

Capa: Eduardo Nallis Villanova

TUCCI, José Rogério Cruz e; RODRIGUES, Walter Piva;
AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real (Coordena-
dores) – Processo Civil: Homenagem a José Ignacio
Botelho de Mesquita – São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ISBN 85-7674-680-8

1. Processo Civil I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Processo Civil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Sumário

Apresentação, 13

Saudação do Prof. Tercio Sampaio Ferraz, 15

Agradecimento do Prof. José Ignacio Botelho de Mesquita
pelo Título de Professor Emérito, 25

**A fenomenologia da coisa julgada no pensamento
de Botelho de Mesquita, 29**

José Rogério Cruz e Tucci

1. Introdução	30
2. Conteúdo da sentença.....	30
3. Função da motivação da sentença	31
4. Conceito e natureza do dispositivo da sentença.....	33
5. Eficácia do trânsito em julgado – extensão	33
6. Elemento declaratório e efeito declaratório	34
7. Improcedência do pedido e efeito declaratório	35
8. Limites subjetivos da coisa julgada no CDC	35
9. Eficácia civil da coisa julgada penal.....	42
10. Nota conclusiva.....	43

Anotações a Respeito do Ônus da Prova, 45

Ricardo de Barros Leonel

1. Introdução: importância, conceito e função	46
2. Ônus: conceituação	48
3. Ônus da prova.....	50
4. Ônus subjetivo	51
5. Ônus objetivo.....	51
6. Inversões autorizadas	53
7. Teoria das cargas probatórias dinâmicas.....	54
8. Projeto de Novo CPC.....	56
9. Considerações finais.....	57
10. Fontes Bibliográficas.....	58

10016

**(PARA) SEMPRE O
MANDADO DE SEGURANÇA:
UMA HOMENAGEM AO PROFESSOR
JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA**

Cassio Scarpinella Bueno

Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUC-SP. Professor-Doutor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da mesma Faculdade. Membro e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro da Associação Internacional de Direito Processual. Advogado em São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

Pesquisando sobre qual tema escolher, dentre os vários que ocupam o vasto repertório de assuntos examinados com profundidade pelo Eminentíssimo Professor José Ignacio Botelho de Mesquita, para essa muito oportuna homenagem organizada pelos não menos Eminentíssimos Professores Walter Piva Rodrigues, José Rogério Cruz e Tucci, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo e Guilherme Silveira Teixeira, deparei-me com um pequeno livro – em tamanho, apressadamente a dizer – coeditado pela Associação dos Advogados de São Paulo e pelo Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial.

Intitulado *Mandado de Segurança* e publicado no ano de 1977¹, trata-se, como se lê de sua Apresentação, subscrita pelo saudoso Professor Celso Ribeiro Bastos, da degravação de quatro palestras proferidas na sede daquela prestigiosa Associação – sempre e cada vez mais, felizmente – sobre aquela “ação constitucional”. Foram palestrantes na ocasião além do apresentante, o também saudoso Professor Geraldo Ataliba, o Professor Dalmo Dallari e o homenageado de agora, Professor José Ignacio Botelho de Mesquita. Um verdadeiro quarteto de virtuosos.

Da leitura de todo o livro e, em especial, da palestra então proferida pelo Professor Botelho de Mesquita, verifiquei a pertinência e a atualidade dos temas então tratados. Constatei que, mesmo com o advento da Constituição de 1988 e com a “nova” Lei que disciplina o “mandado de segurança”, Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, várias das questões e das dúvidas então apontadas fazem-se ainda presentes. Por isso, pareceu-me pertinente elaborar esse pequeno artigo para, homenageando o Professor José Ignacio Botelho de Mesquita, recuperar aquelas suas lições, apreendê-las e apreendê-las para sublinhar sua atualidade e sua importância.

2. A PALESTRA

A palestra que coube ao Professor José Ignacio Botelho de Mesquita na ocasião teve como título “Aspectos processuais do mandado de segurança: condições da ação, competência, coisa julgada e recursos”.

¹ A palestra que dá base ao desenvolvimento desse trabalho está reproduzida no v. 3 de *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, de autoria do Professor José Ignacio Botelho de Mesquita publicado pela Editora Revista dos Tribunais no ano de 2007, nas páginas 39 a 58. As remissões e referências desse texto, contudo, observam a versão original.

Cada um dos itens abaixo volta-se à análise das ideias, conclusões, críticas e comentários então expostos sobre os temas então abordados, suficientemente destacados no próprio título da Palestra, devidamente contextualizados com o que, a seu respeito, prescreve a vigente Lei nº 12.016/2009.

3. CONDIÇÕES DA AÇÃO

A preleção inicia-se com o esclarecimento de que, na visão do Professor José Ignacio Botelho de Mesquita, as “condições de admissibilidade da ação” merecem ser tratadas em dois grupos. As “condições *genéricas* da ação” e as “condições *específicas* da ação”. Dentre estas, o prestigiado autor menciona a existência de direito líquido e certo e que o mandado de segurança não seja impetrado contra ato jurisdicional típico nem contra ato disciplinar. Dentre aquelas, como condições *positivas*, são mencionados o interesse de agir, a legitimidade para a causa e a possibilidade jurídica; como condições *negativas*, a inexistência de litispendência, de coisa julgada, de preempção, de compromisso arbitral, de decadência ou de prescrição e ausência de caução.

3.1. INTERESSE DE AGIR

Sobre o interesse de agir (também chamado de interesse processual), o homenageado entende-o ocorrente toda a vez que se pretender empregar o mandado de segurança para questionar ato de autoridade que acarreta violação ou ameaça de violação a direito líquido e certo. Mas não só: também é mister que seja impossível a defesa eficaz desse ato por via administrativa.

Lembrando do art. 5º, I, da Lei nº 1.533/1951² então em vigor, que corresponde ao atual art. 5º, I, da Lei nº 12.016/2009³, o Professor José Ignacio Botelho de Mesquita revela tratar-se de caso em que não há interesse de agir porque “... enquanto existe a via administrativa com efeito suspensivo, independentemente de caução, existe um meio para evitar a consumação da violência, ou evitar a permanência da violência ou a consumação da violência ameaçada. Por isso, havendo recurso com efeito suspensivo, não há interesse para agir porque ainda existe a outra via, que é a administrativa para fazer valer o direito”⁴.

² “Art. 5º. Não se dará mandado de Segurança quando se tratar: I – de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;”.

³ “Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;”.

⁴ *Mandado de segurança*, cit., p. 59.

Desdobramento digno de destaque a respeito do tema está na lembrança então feita da Emenda Constitucional nº 7/1977, que alterou o § 4º do art. 153 da Constituição então vigente.

O texto original, similar à redação do atual inciso XXXV do art. 5º – similaridade redacional; não como *norma jurídica*, é pertinente destacar – era o seguinte:

“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

Com a referida Emenda Constitucional, o dispositivo foi acrescido do seguinte:

“O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida a garantia da instância nem ultrapassado o prazo de 180 dias para decisão sobre o pedido.”

Manifestando seu entendimento de que a inovação à Carta Constitucional de então assumia o papel de uma nova condição da ação (a exemplo da “... notificação obrigatória do devedor para que cumpra espontaneamente a obrigação no prazo de quinze dias, num contrato de compromisso e venda que se pretende rescindir por falta de pagamento das prestações”⁵), o Professor José Ignacio Botelho de Mesquita descarta sua aplicação para o mandado de segurança.

Do ponto de vista da Constituição, invocando o § 21 do art. 153 da Constituição Federal de 1969⁶, correspondente, com a mesma ressalva anterior, ao inciso LXIX do art. 5º da atual⁷, porque “... para a impetração do Mandado de Segurança, basta a exigência da ilegalidade. E mais nada. Se houver ato ilegal de autoridade, isso já é suficiente para a impetração de Mandado de Segurança; nessas condições, durante os 180 dias em que se aguarda a decisão administrativa, estaria havendo a violência; portanto, de acordo com o que dispõe a Constituição e apesar do § 4º, eu teria o direito de impetrar o Mandado de Segurança, embora não pudesse propor, por exemplo, uma ação ordinária”⁸. E mais: “A persistência da ilegalidade é, na realidade, incompatível

com uma ação cujo objetivo é impedir que a própria ilegalidade persista”⁹, sem falar do conflito entre o prazo de cento e vinte dias reservado para a impetração e o de cento e oitenta posto pela Constituição para a resolução da questão na esfera administrativa.

A respeito do interesse de agir, ainda há uma palavra acerca do cabimento do mandado de segurança contra lei em tese. Descartando-o – entendimento que encontra eco seguro na Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal –, ensina que a hipótese só seria admissível “... quando surgir, por algum motivo, ato de alguma autoridade incumbida de executar a lei e em virtude do qual surja, de modo concreto, a violação ou a ameaça de violação do direito; antes disso, não”¹⁰.

3.2. LEGITIMIDADE ATIVA

Do ponto de vista da legitimidade *ativa*, o homenageado, lembrando da *substituição processual* prevista no art. 3º da então Lei nº 1.533/1951¹¹, traz para discussão dois casos: “o primeiro, o do Mandado de Segurança impetrado por entidades de classe, e o segundo o do Mandado de Segurança impetrado contra por um ente público ou por ente paraestatal contra outro ente público ou contra outro ente paraestatal”.

Sobre o primeiro ponto, o Professor Botelho de Mesquita descarta o uso do mandado de segurança, reconhecendo, contudo, que as entidades de classe teriam legitimidade para mandados de segurança voltados à proteção de direito delas próprias, não de seus associados. No entanto, o Mestre faz uma importante ressalva na sua lição, cabendo transcrevê-la:

“O Mandado de Segurança pode ser impetrado por qualquer daqueles associados, por dizer respeito a um direito seu e pode eventualmente beneficiar a todos os associados, segundo dispõe o § 2º do art. 1º também da Lei nº 1533 (quando o direito ameaçado ou violado

5 *Mandado de segurança*, cit., p. 61.

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

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

8 *Mandado de segurança*, cit., p. 61.

9 *Idem* nota anterior.

10 *Mandado de segurança*, cit., p. 59.

11 “Art. 3º. O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente”. A regra vem repetida no art. 3º da atual Lei nº 12.016/2009: “Art. 3º. O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente. Parágrafo único. O exercício do direito previsto no *caput* deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação.”

couber a várias pessoas qualquer delas poderá requerer o Mandado de Segurança).^{12,13}

A pertinência do ensinamento é digna de destaque. Trata-se, até os dias de hoje, de uma regra absolutamente esquecida e nada praticada do mandado de segurança e que, por mais paradoxal de que possa parecer, já se fazia presente desde a Lei nº 191/1936, o primeiro diploma legislativo que se ocupou com o assunto¹⁴. Não estaria a regra autorizando, como bem assinala o Professor José Ignacio Botelho de Mesquita, que cada um dos associados, em nome próprio, aja em prol de todos os demais? Estaria a regra autorizando a legitimidade *individual* para o que, com o Código do Consumidor, em 1990, passou a ser chamado de “direitos coletivos” ou “direitos individuais homogêneos”? Não estaria a regra legal desautorizando a Súmula 101 do Supremo Tribunal Federal que descarta o mandado de segurança como substitutivo de “ação popular”, ao permitir, tanto quando naquele outro instrumento de controle dos atos administrativos, a legitimidade individual em prol de toda coletividade? A lição dada na palestra aqui analisada fornece material bastante para refletir sobre a questão ainda que, não há por que olvidar, a resposta negativa às interrogações parece ser dada em preleção anterior do mesmo Professor¹⁵.

Quanto ao segundo ponto relativo à legitimidade *ativa*, o Professor José Ignacio Botelho de Mesquita, reconhece que pessoa pública pode impetrar mandado de segurança contra outra quando “... encontrar-se na mesma situa-

12 O § 3º do art. 1º da Lei nº 12.016/2009 repete a regra nos seguintes termos: “Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.”.

13 *Mandado de segurança*, cit., p. 62.

14 Cabe transcrever integralmente o art. 6º da Lei nº 191/1936: “Art. 6º. Só o titular de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado, poderá, por pessoa habilitada na forma do Decreto nº 20.784, de 14 de novembro de 1931, com as modificações ulteriores, requerer mandado de segurança. § 1º. Sempre que o direito ameaçado ou violado seja certo e incontestável, mas não se tenha individualizado o titular respectivo, cabendo, indeterminadamente, a uma ou mais dentre determinadas pessoas, qualquer desta poderá votar mandado de segurança para que o mesmo direito seja garantido a algumas delas. § 2º. Quem tiver o seu direito certo e incontestável, ameaçado ou violado, em consequência de ameaça ou violação feita a direito igualmente certo e incontestável de terceiro, poderá notificar, oportunamente, esse mesmo terceiro para que impetre mandado de segurança, a fim de salvaguardar o seu direito, sob pena de responder pela plena indenização das perdas e danos decorrentes da omissão.”. No Código de Processo Civil de 1939 que, em substituição, passou a disciplinar o assunto, a regra já era idêntica à da anterior Lei nº 1.533/1951, como se lê de seu art. 1º, § 1º: “Quando o direito ameaçado ou violado couber a uma categoria de pessoas indeterminadas, qualquer delas poderá requerer mandado de segurança”.

15 Faço referência a “Da propositura da ação de mandado de segurança”, publicada no v. 418 da *Revista dos Tribunais* e reproduzida às páginas 19 a 38 do v. 3 do precitado *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. A discussão do assunto está nos itens 14 e 15, páginas 26 e 27.

ção de dificuldade em que se encontraria o particular, pelo fato de o outro ente público dispor de mais poder do que ele;¹⁶.

Em seguida – e mais uma vez diante da Emenda Constitucional nº 7/1977 –, destaca que, diante do recém introduzido art. 205 da Constituição de 1969¹⁷, o problema havia sido, ao menos em parte, resolvido, já que eventual impasse entre pessoas e entidades da administração pública deveria ser resolvido em sede administrativa. Não deixa de criticar, o prestigiado Professor, as razões então anunciadas para a modificação constitucional, assinalando haver um *dever* de eventuais conflitos entre pessoas administrativas ser levado ao Poder Judiciário, por serem diversas e não passíveis de confusão as personalidades jurídicas dos entes componentes da administração indireta e da administração direta: “O que não admito é que a violação de direito de uma sociedade de economia mista persista mediante a simples ordem do Governador, ou do Presidente da República ou do Prefeito do Município, acatada por quem deva gerir, por quem deva orientar os destinos dessa pessoa jurídica.”. Antes, muito antes, da Reforma Administrativa de 1998, o homenageado já pregava a necessária independência dos misteres da administração indireta e da direta em prol do (verdadeiro) interesse público...

3.3. LEGITIMIDADE PASSIVA

No que diz respeito à legitimidade passiva, o Professor José Ignacio Botelho de Mesquita destaca duas posições doutrinárias sobre o tema. Uma, de Luís Eulálio Bueno de Vidigal, de nítida inspiração Carneluttiana, que distingue a autoridade coatora como “sujeito do processo” da entidade de direito público interessada como “sujeito da lide”, defendendo que a autoridade é *substituta processual* desta. A outra, de Celso Agrícola Barbi, que descarta a substituição processual porque a autoridade coatora representaria a pessoa jurídica interessada em juízo.

O homenageado manifesta sua insatisfação quanto a ambas as construções. Lança, então, seu entendimento de que o mandado de segurança deve ser entendido “... como uma intervenção do Judiciário na administração para alcançar diretamente o órgão que está cometendo o ato ilegal ou abusivo”, razão pela qual ele assume “... uma finalidade muito mais política e constitucio-

16 *Mandado de segurança*, cit., p. 63.

17 “As questões entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, serão decididas pela autoridade administrativa, na forma da lei, ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão.”.

nal do que propriamente a atuação do direito; apresenta-se como uma forma de conter os abusos do Executivo”¹⁸. Por isso, no seu pensar, a autoridade coatora “... não entra no processo como parte, não entra como legitimada, não entra como substituta processual, ela entra apenas como pessoa sujeita ao poder estatal, mais nada”¹⁹. Para o homenageado, trata-se de raciocínio similar ao que deve ser empregado para entender a provocação feita pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal para o desencadeamento do controle concentrado de constitucionalidade, a “representação por inconstitucionalidade” que ocupava o art. 119, I, “I”, da Constituição Federal anterior.

A questão, longe de ter recebido resposta clara na mais recente disciplina do mandado de segurança, tem gerado amplas discussões com importantes repercussões práticas nem sempre de fácil solução²⁰.

3.4. CONDIÇÃO NEGATIVA DA AÇÃO: COISA JULGADA

Por fim, no que tange às condições da ação, o homenageado ocupa-se com o uso – que relata estar se tornando frequente – do mandado de segurança contra a coisa julgada.

Descarta seu emprego para tal fim, negando que o mandado de segurança possa ser empregado como sucedâneo de ação rescisória, manifestando sua discordância, inclusive, com o uso do mandado de segurança contra ato judicial.

4. COMPETÊNCIA

Sobre a competência, o Professor José Ignacio Botelho de Mesquita destaca as peculiaridades que, a seu respeito, apresenta o mandado de segurança.

Com propriedade, após frisar que a “matéria depende principalmente de consulta à legislação”²¹, lê-se:

“O critério para a fixação da competência em mandado de segurança se baseia na natureza federal, estadual ou municipal da autoridade coatora, no grau hierárquico dela e, em determinados casos, na matéria sobre a qual versa o pedido; por exemplo, em matéria eleitoral é competente a justiça eleitoral e não a justiça comum ou a justiça federal”²².

18 *Mandado de segurança*, cit., p. 67.

19 *Mandado de segurança*, cit., p. 66.

20 Para quem se interessar a respeito do tema sob a égide da Lei nº 12.016/2009, tomo a liberdade de enviar ao meu *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 58-63.

21 *Mandado de segurança*, cit., p. 68.

22 *Idem* nota anterior.

A lição é tão simples como profunda e correta. Mais apropriado do que tentarmos encaixar critérios classificatórios de competência feitos para descrever e compreender realidades normativas de tempos idos muito diversas da nossa, é debruçarmo-nos sobre as peculiaridades do direito brasileiro e, a partir delas, construirmos nossos próprios critérios. Até porque, no que diz respeito ao mandado de segurança, não são poucos – muito pelo contrário – os casos em que a identificação da competência depende da análise da Constituição Federal e das Constituições dos Estados, coisa que, lamentavelmente, por vezes, é pouco ou nada lembrado.

Exemplo bastante sobre o assunto, a mostrar a correção do ensinamento exposto na palestra analisada está na pesquisa em torno do órgão jurisdicional competente para impetrar mandados de segurança contra atos praticados por prefeitos. A análise das diversas Constituições dos Estados e, nelas, a pesquisa sobre a competência *originária* dos Tribunais de Justiça é que revelará se há, ou não, “foro por prerrogativa de função” – ou, em termos mais apropriados para uma verdadeira República, “foro *privilegiado*” – para o processo²³. Na negativa, o caminho é analisar a legislação e outras normas estaduais que disciplinam a organização judiciária e verificar perante qual órgão de primeira instância – vara da fazenda pública estadual, municipal, cível, de mandado de segurança, etc. – o mandado de segurança deve ser impetrado.

5. COISA JULGADA

Prossegue o homenageado com sua palestra, abordando o tema “coisa julgada”. A respeito, ensina o seguinte:

“Entendido o Mandado de Segurança como verdadeira ação, a sentença que julga pelo mérito vai fazer coisa julgada, tornando-a imutável tanto para o impetrante como para a pessoa jurídica de direito público interessada. Considerando o Mandado de Segurança

23 Apenas para ilustrar a afirmação contida no texto. De acordo com o art. 74, III, da Constituição do Estado de São Paulo, mandado de segurança contra o Prefeito da Capital deve ser impetrado originariamente no Tribunal de Justiça. Não contra atos dos prefeitos de todos os demais municípios. O art. 161, IV, “e”, nº 7, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, prevê a competência originária do Tribunal de Justiça daquele Estado para mandados de segurança “contra atos do Prefeito da Capital e dos Municípios com mais de 200.000 eleitores”. Já no Paraná, como se lê do art. 101, VII, “b”, não há previsão para a competência originária do Tribunal de Justiça para o julgamento de mandados de segurança impetrados contra atos de quaisquer prefeitos ou outras autoridades municipais. Em sentido diametralmente oposto, a Constituição do Estado do Amazonas, prevê, em seu art. 72, I, “c”, o Tribunal de Justiça como competente para o processamento de mandados de segurança contra atos de quaisquer prefeitos.

como ação, aceito integralmente a posição de Luís Eulálio de Bueno Vidigal, no sentido de que a autoridade coatora é substituta processual da pessoa jurídica de direito público interessada. Então, embora a pessoa jurídica de direito público interessada não venha ao processo nem como litisconsorte, nem como assistente, embora ela fique fora do processo, ainda, assim será alcançada pelos efeitos da coisa julgada, tanto quando o Mandado de Segurança é deferido, como quando é indeferido, tanto quando a ação é julgada procedente, como no caso contrário.

A única hipótese em que a sentença proferida no Mandado de Segurança não faz coisa julgada é aquela em que o mérito não tenha sido decidido, vale dizer, quando se entendeu que o direito não era líquido e certo, no sentido de que os fatos dos quais o direito brota não eram susceptíveis de prova mediante documentos juntados com a petição inicial²⁴.

A lição é válida para os dias de hoje, amoldando-se com exatidão ao que, a respeito, prescreve a Lei nº 12.106/2009²⁵.

Em seguida, o prestigiado Professor enfrenta a questão relativa a saber se o reconhecimento da prescrição ou da decadência são julgamento de mérito ou se são “condições de admissibilidade da ação”. Manifesta-se no sentido de que são condições de admissibilidade da ação. Relembrando que o Código de Processo Civil de 1973 trata-as como questão de mérito (art. 269, IV), destaca que a opção legislativa não condiz com as peculiaridades do mandado de segurança. É a seguinte a sua lição a respeito do assunto:

“se o Mandado de Segurança não for admitido porque interposto fora do prazo de decadência de 120 dias, ninguém negará ao titular do direito a possibilidade de propor ação ordinária para fazer valer o mesmo direito; e se a prescrição e a decadência constituíssem matéria de mérito, usando Mandado de Segurança tardiamente, estaria o titular do direito impedido de propor a ação ordinária. Por qual motivo eu posso usar ação ordinária se declarado precluso o

Mandado de Segurança, porque o prazo para sua interposição já se havia esgotado? – Exatamente porque isso é uma condição da ação de Mandado de Segurança, e condição de admissibilidade nada tem a ver como julgamento de mérito²⁶.

Por fim, no que diz respeito ao tema em foco, o prestigiado Professor relembra de lição de Luís Eulálio Bueno de Vidigal sobre não transitar em julgado decisão contrária à pessoa de direito público interessada. Nessa hipótese, caberia “ação ordinária” para discutir, com maior profundidade, a ilegalidade ou abusividade tal qual reconhecidas pela decisão concessiva.

O Professor José Ignacio Botelho de Mesquita discorda do entendimento destacando que “... a investigação que se faz no Mandado de Segurança a respeito dos danos e a respeito do direito é igual à que se fará numa ação ordinária.”²⁷.

6. RECURSOS

Sobre os recursos, o Professor José Ignacio Botelho de Mesquita frisa, de plano, o cabimento da *apelação* da sentença que acolher ou rejeitar o pedido do impetrante. Também na hipótese de a petição inicial ser indeferida liminarmente.

A pertinência da lição justifica-se pelo então recém advento do Código de Processo Civil de 1973 que trouxe, como é cediço, uma disciplina bastante diversa da que o Código anterior, de 1939, dava aos recursos e, em especial, pela legislação processual civil extravagante, inclusive a atinente ao mandado de segurança²⁸.

O que chama a atenção de quem analisa a questão diante da Lei nº 12.016/2009 é constatar que seu art. 14, *caput*, prevê o cabimento da *apelação* contra a sentença²⁹. A previsão, que soa desnecessária para os ouvidos acostumados ao Código de Processo Civil em vigor, revela a falta de criatividade do legislador mais recente que, na maior parte das vezes, limitou-se a *repetir* as disposições da Lei nº 1.533/1951 deixando de estabelecer um verdadeiro diá-

24 *Mandado de segurança*, cit., p. 68.

25 Suficiente para essa demonstração a correta interpretação dos arts. 6º, § 6º, e 19 daquele diploma legislativo, respectivamente: “O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito” e “A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. Sobre a expressão “direito líquido e certo” ter a concepção que o Professor José Ignacio Botelho de Mesquita afirma ter, consultar o meu *A nova lei do mandado de segurança*, cit., pp. 55-56 e 151-155.

26 *Mandado de segurança*, cit., p. 69. Aqui tem cabimento as mesmas considerações feitas pela nota anterior com relação ao direito vigente.

27 Idem nota anterior, com a mesma indicação para o direito atual.

28 Com efeito, a redação original do *caput* art. 12 da Lei nº 1.533/1951 era a seguinte: “Da decisão do juiz, negando ou concedendo o mandado, caberá o recurso de agravo de petição, assegurando-se às partes o direito de sustentação oral perante o tribunal *ad quem*.” Foi a Lei nº 6.014/1973 (“que adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”) que, dando-lhe nova redação, prescreveu o cabimento da *apelação* contra a sentença.

29 “Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe *apelação*.”.

logo entre as conquistas históricas do mandado de segurança, a Constituição de 1988 e as boas novidades incorporadas desde meados da década de 1990 ao Código de Processo Civil com o objetivo declarado de uma maior efetividade processual.

Alguém dirá que a previsão do atual art. 14, *caput*, é necessária porque o mandado de segurança não é regido subsidiariamente pelo Código de Processo Civil e, por isso, é mister que a Lei nº 12.016/2009 preveja, com exatidão, todos os pormenores procedimentais para afastar qualquer lacuna. A ressalva deve ser rechaçada. Não há como afastar a regência, ainda que subsidiária do Código de Processo Civil – o atual ou o projetado, isso pouco importa – do mandado de segurança. A previsão de seu art. 24, que se limita a invocar a disciplina codificada do litisconsórcio é, por isso mesmo, desnecessária e nada esclarecedora sobre a real dinâmica procedimental do mandado de segurança³⁰.

A palestra prossegue para discutir a pertinência dos embargos infringentes no mandado de segurança. A questão, clássica, recebe do Professor José Ignacio Botelho de Mesquita resposta *afirmativa*. Segundo ele, nada há de incompatível naquele recurso e na necessidade de a decisão *concessiva* do mandado de segurança surtir, desde logo, seus efeitos, expedindo-se, inclusive o ofício para que a autoridade coatora faça o que deve ser feito. Para ele, é mister a aplicação, por analogia, do disposto no art. 11 da Lei nº 1.533/1951³¹, que se repete no art. 13 da atual Lei nº 12.016/2009³².

Ao fundamentar o seu pensamento, o Eminentíssimo Professor traz à tona duas outras questões que, mesmo diante das regras da nova Lei, não podem passar despercebidas.

A primeira é a lembrança da tese já predominante no Supremo Tribunal Federal sobre o não cabimento dos embargos infringentes em mandado de segurança, "... consubstanciada no enunciado nº 597 da Súmula daquele Tribunal"³³. "O fato de esta tese haver sido sumulada não nos inibe de discuti-la; mesmo

porque nada nos impede a esperança de ver modificada a Súmula neste passo, como já o foi em outros"³⁴.

O destaque reside na ressalva feita na oportunidade. Em tempos em que a existência de Súmula parece ser impeditiva do exame crítico de sua formação e edição – verdadeiro engessamento do próprio conhecimento científico e acadêmico, o que dizer do conhecimento jurisprudencial – soa muito bem, pertinentíssimo e atualíssimo o comentário então feito. E que fique o convite para a discussão dos enunciados das Súmulas, seu contraste com seus precedentes, a forma e o tempo de sua edição – sua maturação no âmbito dos Tribunais, inclusive – sejam pautas diuturnas da academia.

O outro ponto aparece subjacente à demonstração feita pelo Professor José Ignacio Botelho de Mesquita quanto ao cabimento dos embargos infringentes em mandado de segurança diante do regime da lei anterior. Se, como afirma ele, o grande óbice ao emprego daquele recurso seria a falta de efeitos *imediatos* na decisão concessiva do mandado de segurança, bastaria, como já destacado, aplicar à hipótese, por analogia o então disposto no já mencionado art. 11 da Lei nº 1.533/1951.

Para embasar a sua conclusão, o prestigiado Professor figura quatro diferentes hipóteses demonstrando que somente na última delas, de provimento por maioria da apelação para reformar sentença denegatória da segurança em primeira instância, é que o problema apareceria. Para a terceira hipótese, "acórdão que, por maioria, nega a segurança concedida pela sentença recorrida", o Eminentíssimo Professor leciona: "Nesta hipótese, como na primeira, a eficácia da sentença na pendência da apelação, perdurará durante o tempo em que estiverem suspensos os efeitos do acórdão por força da interposição dos embargos infringentes"³⁵. Ao tratar do que chama de "primeira hipótese" ("acórdão que confirma, por maioria de votos, sentença concessiva da segurança"), doutrina de forma inequívoca que "Como a interposição da apelação não prejudica a eficácia da sentença que concede o Mandado de Segurança, a suspensão dos efeitos do acórdão por força dos embargos infringentes também não a poderia prejudicar"³⁶.

Se assim é, vem à tona outra questão clássica para o mandado de segurança. A apelação em mandado de segurança tem efeito suspensivo? Faz diferença que ela seja interposta de sentença *concessiva* ou *denegatória*? Embora não haja respostas para as questões formuladas na Palestra examinada, é per-

30 Para essa demonstração, tomo a liberdade de enviar o interessado para o meu *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 188-190 e, principalmente, p. 192.

31 Na página 70 da obra multicitada de autoria do homenageado, a remissão é feita ao art. 15 da Lei nº 1.533/1951. Trata-se, contudo, de "erro material", aqui emendado.

32 "Art. 13. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada. Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o juiz observar o disposto no art. 4º desta Lei."

33 *Mandado de segurança*, cit., p. 70. De se notar, aliás, a adequação da linguagem empregada pelo Professor José Ignacio Botelho de Mesquita. Sua Excelência não fala aqui em "Súmula 597" como costumeiro, mas em Enunciado número 597 da Súmula (uma só, porque ideia coletiva) da jurisprudência daquele Tribunal.

34 *Mandado de segurança*, cit., p. 70.

35 Idem nota anterior.

36 Idem nota anterior.

tinente distinguir se a sentença é concessiva ou denegatória, coisa que para os cultores da Súmula 405 do Supremo Tribunal Federal – voltamos à temática da observância acrítica delas ou, mais precisamente, de seus enunciados –, sempre foi total e completamente indiferente.

O que é de se lamentar a respeito do assunto, mas tratar disso extrapolaria os limites do presente trabalho, por isso fica apenas o registro, é ver como o tema foi tratado pela Lei nº 12.106/2009 que, em seu art. 7º, § 3º³⁷, criou um verdadeiro “efeito anexo”, a impor, quando denegatória a sentença, a imediata cassação de eventual liminar anterior³⁸.

O lado positivo, por assim dizer, da mais recente disciplina do mandado de segurança está na vedação expressa dos embargos infringentes no seu art. 25³⁹. Positivo, apresso-me a esclarecer não pelo descarte do recurso mas porque, com a regra, fica claro o não cabimento daqueles embargos e, com isso – diante da opção inequívoca do legislador –, evita-se discussão que, no dia-a-dia do foro, em nada contribui para uma maior (e tão desejada) efetividade do mandado de segurança.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todas as lições ensinadas pelo professor José Ignacio Botelho de Mesquita na palestra aqui sintetizada – espero, com sinceridade, que da maneira mais próxima das ideias do homenageado – a mais importante é a coragem das palavras então proferidas sobre os diversos temas versados. Mais ainda quando lembramos da época em que ela foi ministrada. Em vários momentos da palestra, com efeito, é ouvida, às vezes de forma mais clara, outras nem tanto, a voz do Professor sobre os destinos do país, da administração pública e, como não poderia deixar de ser, do controle jurisdicional, exercitável pelo mandado de segurança ou não.

Importante verificar como o homenageado preocupou-se em destacar a posição de supremacia do mandado de segurança em relação aos demais meios de controle da Administração, colocando-o a salvo, assim, da novidade então

recém introduzida pela Emenda Constitucional nº 7/1977 no art. 153, § 4º, da Constituição Federal então vigente.

Fundamental para os dias de hoje, ainda, é a coloração que o homenageado dá ao mandado de segurança: ao entendê-lo como forma de viabilizar verdadeira *intervenção* do Judiciário na Administração Pública para, afastando ilegalidades e abusividades, repor o ordenamento jurídico na sua via de normalidade. Lição importante, máxime quando se constata o mal que o *abstracionismo* do direito processual civil e, mais amplamente, do processualista civil ao longo do tempo fez não só ao seu objeto mas, principalmente, a seu fim, à sua verdadeira finalidade, ao seu verdadeiro objetivo, à sua razão de ser: mais que restabelecer a ordem jurídica, o mandado de segurança destina-se a garantir a liberdade⁴⁰.

Antes tivéssemos, todos, lido o pequeno livro referido de início e aprendido um pouco mais sobre as importantes discussões que então ocorreram, como suficientemente quer mostrar a resenha aqui feita da participação do Professor José Ignacio Botelho de Mesquita naquele conclave. Pena que, passados mais de dez anos do Século XXI e trinta e cinco anos da palestra, certas lições não foram suficientemente aprendidas e tampouco consolidadas certas conquistas do direito brasileiro. É analisar a Lei nº 12.016/2009 que, em diversos pontos, mostra, infelizmente, o acerto dessa afirmação.

37 “Art. 7º. (...) § 3º. Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.”

38 Para a exposição e crítica dessa conclusão, v. o meu *A nova lei do mandado de segurança*, cit., pp. 80-83.

39 “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.”

40 A afirmação quer ser fiel às lições do homenageado desenvolvida em outra palestra que proferiu na mesma gloriosa Associação dos Advogados de São Paulo em 1980. Com o título “Do mandado de segurança”, o texto respectivo está encartado às páginas 59 a 74 do v. 3 de *Teses, estudos e pareceres de processo civil*.