

RECURSO DE AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA: MUDOU-SE ALGUMA COISA?*

Leonardo Oliveira Soares¹

Resumo: No texto, analisa-se a recorribilidade das decisões interlocutórias em mandado de segurança segundo o direito processual brasileiro vigente.

Palavras chave: decisão interlocutória; recurso; mandado de segurança.

Resumen: En el artículo, es analizada la admisibilidad de recurso contra las decisiones interlocutorias en mandamus según el derecho procesal brasileño vigente.

Palabras clave: decisión interlocutoria; recurso; mandamus

De ordinário, em ação mandamental, formula-se requerimento de liminar. A explicação reside no fato de o procedimento reclamar apresentação de prova pré-constituída. Ora, se o impetrante supõe dispor dessa prova, natural que formule aludido requerimento, dada a natureza do direito, a seu juízo, ameaçado ou em vias de tanto. Ou seja, a possibilidade de obter-se liminarmente a providência pleiteada, com a conseqüente abertura da via recursal, é elemento conatural ao mandado de segurança. (Leonardo Oliveira Soares. Revista de Processo. vol. 191)

1. A “NOVA” LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

Em boa hora, a lei nº. 12.016, de 07 de agosto de 2009, compila disposições normativas referentes ao procedimento do mandado de segurança individual

¹ Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga (MG) EADIPA. Procurador do Estado de Minas Gerais.

* Artigo originariamente publicado na Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil. n. 63, jan.-fev. 2010. Texto revisado, corrigido e acrescido de epígrafe e notas de rodapé.

e coletivo. Muitas delas já acolhidas nos planos doutrinário e jurisprudencial. Algumas, é verdade, passíveis de questionamento sob a ótica constitucional, tais como a que proíbe a condenação em honorários advocatícios² e a que permite condicionar o deferimento de liminar à prestação de caução. Daí as aspas no adjetivo com que se qualificou a lei em apreço.

Diz-se em boa hora, precisamente no que toca à previsão de agravo de instrumento de decisão liminar (art. 7º, III, § 1º da lei n.º 12.019/09). Confira-se a redação de aludido dispositivo:

Art. 7º-

§ 1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

A rigor, desde a edição da medida provisória 2180-35/2001, contempla o ordenamento jurídico pátrio recurso de liminar em mandado de segurança. Isso porque o art. 4º, § 6º da lei n.º 8.437/92 (que prevê o recurso de agravo) aplica-se ao *mandamus*, *ex vi* do art. 4º, § 2º da lei n.º 4.348/643. Ao propósito, pede-se licença para transcrever tais regras:

Art. 4º da lei n.º 8.437/92:

§ 6º - A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001).

Art. 4º da lei n.º 4348/64:

§ 2º Aplicam-se à suspensão de segurança de que trata esta Lei, as disposições dos §§ 5º a 8º do art. 4º da Lei n.º 8.437 de 30 de junho de 1992. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001).

No entanto, sob o prisma formal, não se mostrava infundado indagar a constitucionalidade de mencionados dispositivos com base na ausência de

² Sobre o ponto, confira-se NERY JR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 112-117, com extensas referências bibliográficas em a nota de rodapé n. 55.

³ Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da *Curso de Direito Processual Civil*. 7 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. vol. 3, p. 180.

relevância e urgência que justificassem a edição de medida provisória sobre matéria processual.

Nem se alegue que as medidas provisórias, todas elas, em vigor na data⁴ em que publicada a emenda constitucional n.º 32, permaneceram de pé até que houvesse expressa revogação ou deliberação do Congresso Nacional (art. 2º de referida emenda).

Ao propósito, duas razões podem ser apontadas para afastar tal entendimento. Em primeiro lugar, a própria constitucionalidade do artigo em questão, tendo em vista que os pressupostos constitucionais (relevância e urgência) apontam antes para duração efêmera que para o prolongamento de vigência de toda e qualquer “medida provisória”. Além do que, admitida a constitucionalidade do artigo em análise, a vigência das medidas provisórias àquela época editadas e, por conseguinte, sua permanência no mundo jurídico, como de resto de todo e qualquer ato normativo, pressupõe compatibilidade com o texto constitucional. Por outras palavras, se dispositivos da medida provisória n.º 2.180-35 padeciam de inconstitucionalidade desde seu nascedouro, não seria a emenda constitucional n.º 32 que os colocaria, como num passe de mágica, em conformidade com a lei maior.

Assim, a *última pá de cal na discussão*⁵ sobre o tema parece residir na lei n.º 12.016/09, elaborada em consonância com o art. 22, inc. I da CF/88.

Em época cuja tônica legislativa vem sendo restringir o manejo de recursos, não deixa de ser alvissareira a recorribilidade ora versada. Bem-vinda, portanto, a alteração que a um só tempo resolveu, no plano normativo, o tema (cabimento de recurso) e a forma de interposição (instrumento).

É certo que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pacificara-se o entendimento de que o recurso em apreço convive harmonicamente com o procedimento especial do mandado de segurança. Ao menos, a partir de modificação legislativa levada a cabo em 1995, pela qual passou o recurso a ser interposto diretamente no Tribunal, sem, portanto, causar embaraço na

⁴ *A saber*, 11 de setembro de 2001.

⁵ *Expressão empregada por DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 181.*

tramitação da causa perante o juízo de primeiro grau. O mesmo se diga do plano doutrinário, de que é exemplo judicioso artigo, publicado faz alguns anos, por eminente processualista⁶.

2 RELEVÊNCIA DOS PRECEDENTES NA UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS/AFIRMAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Não convence o argumento de que a busca por igualdade, o chamado tratamento igualitário, prende-se ao universo do *common Law*. Com efeito. Acima de tudo, é medida de bom senso adotar idêntica solução para casos iguais. O que confere, inclusive, maior racionalidade na prestação da tutela jurisdicional, pouco importa o sistema jurídico em que proferida a decisão.

Tanto isso é verdade, que autorizada doutrina nacional⁷ vem se dedicando ao estudo do papel reservado aos Tribunais superiores em sua missão de zelar pela uniformidade de interpretação da legislação federal e constitucional respectivamente. Uniformização que, por certo, envolve a interpretação das normas processuais, pois não se pode falar em isonomia de resultados sem que se tenha assegurado, primeiro e como pressuposto inarredável, isonomia de participação no processo⁸.

Pois bem. Mais de uma vez, em julgamento de embargos de divergência, o Superior Tribunal de Justiça firmou posição pela recorribilidade de liminar no procedimento em tela (EREsp 471513/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 02.02.2005, DJ 07.08.2006 e EREsp 150.086/PR, Rel. Ministro

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. Temas de Direito Processual- 6ª Série*. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁷ Em dois judiciosos artigos, defendeu-se a relevância do respeito aos precedentes na esfera jurisdicional, seja nos países que adotam o denominado sistema de *civil law*, seja nos que se filiam ao de *common law*. MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common Law e a necessidade de respeito aos precedentes. Revista de Processo*. vol. 172. São Paulo: Ed. RT, jun. 2009. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil Law e common Law. Revista de Processo*. vol. 172. São Paulo: Ed. RT, jun. 2009.

⁸ Sobre o ponto, vide SOARES, Leonardo Oliveira. *Isonomia processual: condição sine qua non para a efetividade material do processo? Revista Dialética de Direito Processual*. n. 85. São Paulo: Dialética, abr. 2010.

CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19.06.2006, DJ 21.08.2006). Expressiva, nesse sentido, parte de ementa do primeiro desses precedentes, assim redigida: “*seja a decisão que defere, seja a que indefere a liminar é passível de causar lesão grave e de difícil reparação.*”

Dessa maneira, do ponto de vista jurisprudencial, decisão que deferia ou indeferia liminar em mandado de segurança desafiava, sim, recurso de agravo de instrumento⁹. Ou seja, o legislador, com proveito para o devido processo legal, positivou consagrado e, por que não dizer, acertado entendimento jurisprudencial.

3. PLANO DOUTRINÁRIO (BARBOSA MOREIRA VERSUS ARAKEN DE ASSIS)

Há mais de uma década, Barbosa Moreira¹⁰ sustentou a recorribilidade das interlocutórias proferidas no bojo do mandado de segurança, por força de aplicação subsidiária do CPC.

Em reforço a esse posicionamento, pode mencionar-se a garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV). De fato. Desde quando se afirma que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e não se negue que a lesão poderá advir de decisão judicial (que defira ou não liminar), a vedação à recorribilidade, salvo melhor juízo, mostrava-se inconstitucional.

Em obra recente, a tese da irrecorribilidade das interlocutórias recebeu, entretanto, a chancela de insigne jurista¹¹, Desembargador aposentado do TJRS. Para tanto, valeu-se de dois argumentos. Em primeiro lugar, observa que a lei n.º 6.014/73, que adaptou ao sistema recursal instituído pelo Código de 73 os

⁹ *Pela recorribilidade*, NERY JÚNIOR, Nelson. *Ob. Cit.*, p. 120-122.

¹⁰ *Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. Temas de Direito Processual- 6ª Série*. São Paulo: Saraiva, 1996. *Para análise mais detida da evolução legislativa e jurisprudencial que resultou na consagração da recorribilidade de liminares em mandado de segurança, vide SOARES, Leonardo Oliveira. A relação necessária entre agravo de instrumento e mandado de segurança como ponto de afirmação do Estado Democrático de Direito brasileiro. Revista de Processo. vol. 191. São Paulo: Editora RT, jan. 2011.*

¹¹ , Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 479 e ss. *A judiciosa posição do autor já havia sido divulgada em artigo publicado no ano de 1996, na Revista de Processo, vol. 82. Diante das alterações legislativa, exceção feita à lei n.º 12.016/09, e jurisprudencial comentadas no item 1 do presente estudo, entendeu-se por bem ressaltar que o renomado jurista mantinha o entendimento respeitosamente combatido no texto.*

procedimentos especiais então em vigor, não previu o cabimento de agravo, no âmbito do *mandamus*. Além disso, salienta que o legislador infraconstitucional dispõe de liberdade para delinear os contornos do duplo grau de jurisdição, elegendo ou mesmo afastando as hipóteses de cabimento de recursos.

Desse modo, a falta de previsão de recurso na lei especial corresponderia à válida opção legislativa. Ponderáveis que sejam os argumentos então apresentados, há agora expressa e constitucional previsão legal de recurso.

4. PREVISÃO DE RECURSO NA LEI ESPECIAL/APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA DISCIPLINA RECURSAL DO CPC

O “novo” texto normativo cuida de procedimento especial para reivindicarem-se direitos fundamentais.

A incidência das regras do CPC, inclusive as que disciplinam a tramitação recursal, haverá, portanto, de ocorrer se e quando ausente norma específica e desde que não se mostre incompatível com o procedimento em exame considerado em seu todo.

No artigo 522, estabelece o CPC que das decisões interlocutórias cabe agravo, no prazo de 10 dias, na forma retida ou por instrumento. Ou seja, há o gênero (agravo) que comporta interposição por um dos modos mencionados.

Já a lei específica estatui a modalidade a ser empregada (instrumento).

Poder-se-ia dizer que o agravo de instrumento convive com a possibilidade de conversão¹². Antes de tudo, a assertiva é por demais óbvia, pois seria inócua tal previsão em se tratando de agravo interposto na forma retida. A autorização para converter-se o recurso (presente no CPC) deve, assim, ser analisada sob outra perspectiva. Ei-la. É regra de hermenêutica que norma específica prevalece sobre norma geral. Por isso, deve afastar-se a conversão, já que a lei específica não previu senão o cabimento de uma das espécies do gênero recursal.

Sem contar a falta de interesse na interposição retida, já que os efeitos da liminar serão absorvidos, num sentido ou noutro, acrescente-se, tanto que proferida sentença (art. 7º, III, § 3º da lei n.º 12.016/09).

¹² Dito pronunciamento é irrecorrível, conforme estatui o art. 527, § único do CPC. Ao propósito da irrecorribilidade, vide SOARES, Leonardo Oliveira. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 87. São Paulo: Dialética, jun. 2010.

Superada a inconstitucionalidade formal dos artigos 4º, § 6º da lei n.º 8.437/92 e 4º, § 2º da lei n.º 4.348/64, nem por isso, o raciocínio que se acaba de expor levará à conclusão de qualquer decisão interlocutória proferida contra o Poder Público, apenas desafia agravo de instrumento. Decididamente não. O que se afirma é que agravo retido não será hábil para sustar os efeitos imediatos de decisão liminar, em mandado de segurança e em qualquer outro procedimento, frise-se, dado o momento em que o recurso será julgado (art. 523, *caput* do CPC).

Em suma, o deferimento, bem como o indeferimento de liminar, independentemente de quem faça as vezes de recorrente e do procedimento em curso, autoriza questionamento mediante interposição de agravo de instrumento¹³.

Por isso, antes mesmo da “alteração legislativa” ora comentada, só fazia sentido cogitar, nos planos doutrinário e jurisprudencial, de recurso de decisão liminar em mandado de segurança, acaso considerada a forma (instrumento).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A “nova” lei que disciplina o procedimento do mandado de segurança representa simbólica mudança de orientação em vista das últimas reformas processuais, pois, ao invés de restringir, consagra recorribilidade de pronunciamento judicial.

Em nome do princípio constitucional da inafastabilidade, decisão liminar em mandado de segurança sempre desafiou agravo de instrumento.

A possibilidade de conversão do recurso de agravo, disposta no CPC, não se aplica ao procedimento especial.

Dentre outras razões, porque o processamento do recurso atenderá a elementar regra de hermenêutica, segundo a qual norma específica prevalece sobre norma geral. Se não andou bem o legislador em outras passagens da lei, merece elogios no ponto. Pensando melhor. Mudou-se alguma coisa?

¹³ Segundo informativo n.º 547 do STF, o Tribunal, por maioria, decidiu que não cabe mandado de segurança de decisão liminar proferida nos Juizados Especiais Cíveis disciplinados pela lei n.º 9.099/95. Isso, porque ditas decisões seriam recorríveis futuramente, na forma de preliminar de recurso inominado. Sem embargo da autoridade dos Ministros, se for verdadeiro que a sentença substitui a decisão liminar, em termos práticos, consagrou-se a irrecorribilidade do pronunciamento que defere a antecipação de tutela em referidos Juizados. Realmente, pois não haverá interesse jurídico em requerer ao Tribunal que aprecie o acerto de decisão liminar (a essa altura já não mais existente no plano jurídico), pois os efeitos agora serão irradiados da sentença recorrida, ou terão caído por terra, caso tenha sido julgado improcedente o pedido, ou extinto o módulo cognitivo em 1º grau de jurisdição sem resolução de mérito.

6. REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. **Temas de Direito Processual**. 6ª Série. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. vol. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil *Law e common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes. **Revista de Processo**. vol. 172. São Paulo: Ed. RT, jun. 2009.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009.

SOARES, Leonardo Oliveira. A relação “necessária entre recurso de agravo e mandado de segurança como ponto de afirmação do Estado Democrático de Direito Brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 191. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011.

_____.Eficácia Dúplice do direito de ação no âmbito recursal. **Revista Dialética de Direito Processual**. n 87. São Paulo: Dialética, jun. 2010.

_____.Isonomia processual: condição sine qua non para a efetividade material do processo? **Revista Dialética de Direito Processual**. n 85. São Paulo: Dialética, mar. 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil Law e common Law*. **Revista de Processo**. vol. 172. São Paulo: Ed. RT, jun. 2009.