

|CAPÍTULO XV|

A IMPETRAÇÃO POR OUTROS MEIOS

1. Comentário

Vimos, no capítulo anterior, que o mandado de segurança, em princípio, deve ser impetrado por meio de petição inicial, grafada, com observância das exigências legais (Lei n. 12.016/2009, art. 6.º).

Nos casos de urgência, entretanto, a Lei permite que o *writ* seja impetrado por outros meios, por exemplo, telegrama, radiograma, fac-símile ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada (Lei n. 12.016/2009, art. 4.º, *caput*). A Lei n. 1.533/1951 fazia menção, somente, a telegrama ou radiograma. O fac-símile e o meio eletrônico constituem, pois, inovação da Lei n. 12.016/2009. Este acréscimo foi elogiável, pois o legislador não deve ficar à margem dos avanços tecnológicos.

A utilização do fac-símile, nesse caso, não constitui novidade em nosso sistema normativo, porquanto já estava autorizada pela Lei n. 9.800, de 26 de maio de 1999, que dispôs sobre o uso desse meio “para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita” (art. 1.º). A esse respeito é oportuno observar que:

a) o uso do sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, impreterivelmente, até cinco dias após o seu término (Lei n. 9.800/1999, art. 2.º). No caso específico da Lei n. 12.016/2009, o prazo será de “cinco dias úteis” (art. 4.º, § 2.º);

b) nos atos não sujeitos a prazo, os originais deverão ser entregues até cinco dias da data do recebimento do material (art. 2.º, parágrafo único);

c) quem fizer uso do sistema de transmissão de dados fica responsável pela qualidade e fidelidade do material transmitido, e por sua entrega ao juízo competente (art. 2.º, § 4.º);

d) se não houver perfeita concordância entre o original encaminhado mediante fac-símile e o original entregue em juízo, o usuário do sistema será considerado litigante de má-fé, sem prejuízo da aplicação de outras penalidades previstas em lei (art. 4.º, parágrafo único).

Todavia, a possibilidade de o mandado de segurança ser impetrado por meio eletrônico constitui novidade trazida pela Lei n. 12.016/2009. A autenticidade desse meio deverá ser comprovada. Não se confunde, entretanto, o *processo eletrônico* regulado pela Lei n. 11.419, de 16 de dezembro de 2007, com o simples *peticionamento eletrônico*. Este pode existir sem aquele.

Reiteremos: para os efeitos do art. 4.º da Lei n. 12.016/2009, os documentos eletrônicos deverão observar as regras da Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil (art. 4.º, § 3.º). O ICP-Brasil constitui um conjunto de técnicas, práticas e procedimentos a serem implementados pelas entidades públicas e privadas com a finalidade de estabelecer os fundamentos técnicos e metodológicos de um sistema de certificação digital fundado em chave pública. O certificado digital gera para o usuário do sistema um cadastro contendo os seus dados pessoais, que ficam vinculados à assinatura da Autoridade Certificadora, dando origem a uma chave pública. Os dados pessoais do usuário ficarão disponíveis na *internet*, de tal maneira que ele será identificado para garantia de suas transações nessa rede, que serão criptografadas. O vocábulo *criptografia* é oriundo do grego *kryptos* (esconder), mais *graphein* (escrever), significando, portanto, uma escrita oculta. O sistema criptográfico utilizado é assimétrico, pois faz uso de uma chave (código) privada do usuário e de outra, pública. A decodificação ou “decriptografia” somente poderá ser realizada pelo próprio destinatário, mediante o emprego de sua chave privada, cujo código é inserido na mensagem pelo remetente. Certificada a consonância da chave privada do destinatário com a chave pública da operação, vinculada ao remetente, a mensagem é liberada ao destinatário.

Assim, para efeito de impetração do mandado de segurança, no caso do art. 4.º da Lei n. 12.016/2009, o interessado deverá realizar, previamente, o seu cadastro e obter o certificado digital de uma Autoridade Certificadora; além disso, deverá verificar se o destinatário possui uma chave privada para decodificar a mensagem.

Temos receio, apenas, de que a exigência formulada pelo § 3.º do art. 4.º da Lei n. 12.016/2009 possa, na prática, produzir resultados opostos ao pretendido pelo legislador. Assim pensamos porque, em se tratando de impetração *urgente* de mandado de segurança, a prévia confecção de cadastro pessoal e a obtenção de certificação judicial, por parte do impetrante, podem consumir um tempo superior ao que geralmente é consumido com a impetração do *writ* por telegrama, radiograma ou fac-símile. O tempo dirá se estamos certos ou errados em nossa apreensão.

Dispõe o art. 196 do CPC:

Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código.

|CAPÍTULO XVI|

A LIMINAR

1. Natureza jurídica

A busca de uma definição quanto à natureza jurídica da liminar concedida em ação de segurança tem provocado intensa polêmica doutrinal. Consideram-na cautelar, entre outros, Alcides de Mendonça Lima,⁽³⁾ Othon Sidou,⁽⁴⁾ Celso Agrícola Barbi,⁽⁵⁾ Alfredo Buzaid⁽⁶⁾ e Milton Flaks.⁽⁷⁾ Diz Celso Agrícola Barbi:

Ordenando a suspensão, terá o juiz antecipado, em caráter “provisório”, a providência que caberia à sentença final, e isso para “evitar o dano” que decorreria da natural demora na instrução do processo. Ora, toda medida provisória, que tenha por fim evitar danos possíveis com a demora natural do processo, tem a substância de medida cautelar (...). Afigura-se-nos, portanto, incontestável que a suspensão liminar no processo de mandado de segurança seja uma providência ou “medida cautelar”. A circunstância de não ser objeto de um processo especial para sua discussão, como é comum nas ações dessa natureza – a ponto de Chiovenda colocar a ação cautelar ao lado da ação de cognição e da ação de execução, numa tríplice classificação das ações –, não influi na natureza da decisão que julga o pedido de suspensão liminar, porquanto, como nota com acuidade Carnelutti, existe aí antes uma “fase cautelar do processo”, do que um processo cautelar.⁽⁸⁾

(3) Efeitos do agravo de petição no despacho concessivo de medida liminar em mandado de segurança. *RF*, 178:465.

(4) *Obra cit.*, p. 215.

(5) *Obra cit.*, p. 215.

(6) *Obra cit.*, p. 216-217.

(7) Mandado de segurança: ineficácia da liminar pelo decurso do prazo. *ABDP*, 16:160.

(8) *Obra cit.*, p. 202-203.

A natureza acautelatória dessa liminar, entretanto, não é reconhecida por Humberto Theodoro Júnior,⁽⁹⁾ Lopes da Costa,⁽¹⁰⁾ Hamílton de Moraes e Barros⁽¹¹⁾ e Pestana de Aguiar Silva.⁽¹²⁾

Argumenta, por todos, Hamílton de Moraes e Barros:

[a liminar] é a entrega provisória e antecipada do pedido; já é a decisão satisfativa do direito, embora precária. Conjura os perigos da demora, porém se assenta na mesma fundamentação que irá embasar a sentença definitiva. Não é possível a liminar concedida a quem evidentemente não tenha o direito de base.⁽¹³⁾ *Venia permissa*, a liminar deferida em ação de segurança não implica, como supõe o eminente jurista mencionado, entrega antecipada da prestação jurisdicional de fundo. O que na verdade se assegura, com a outorga dessa liminar, não é a satisfação das pretensões deduzidas em juízo (= direito material) e, sim, a própria prestação jurisdicional. Nesse sentido, não se pode deixar de reconhecer o caráter cautelar dessa providência, ainda que emitida sem que haja um processo cautelar.

Ainda que essa liminar traduzisse, efetivamente, uma antecipação da tutela jurisdicional de mérito – o que se admite apenas para argumentar –, isso não significaria negar-lhe o traço cautelar a que referimos, pois é necessário lembrar que há determinadas providências acauteladoras, concedidas *in limine*, que representam uma espécie de antecipação dos efeitos da sentença de fundo. Basta citar o exemplo da liminar que é concedida nas ações de alimentos (Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, art. 4.º, *caput*) e que, nem por isso, deixa de possuir natureza cautelar. Essa fixação de alimentos *provisórios* representa o exercício de uma tutela cautelar antecipatória, sem que a sua emissão deva ser interpretada como prejulgamento do mérito da ação.

O próprio processo do trabalho conhece medidas cautelares inominadas requeridas com o objetivo de promover a tutela do direito material (reintegração de empregado estável, pagamento de salários retidos etc.); estas, quando concedidas, correspondem a uma antecipação do provimento jurisdicional de mérito (processo de conhecimento), sem que essa nota peculiar lhes subtraia a essência cautelar de que se fazem providas. Mencionem-se, ainda, as liminares a que se referem os incisos IX e X do art. 659 da CLT: possuem natureza cautelar, ainda que concedidas em processo de conhecimento.

(9) *Processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1976, p. 67.

(10) *Direito processual civil brasileiro*. vol. 4. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 431.

(11) Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no CPC de 1973. *RF*, 246:202.

(12) Síntese informativa do processo cautelar. *RF*, 247:41.

(13) Obra cit., p. 202.

A liminar deferida em ação de segurança possui, pois, natureza cautelar, ainda que – como afirmamos – não haja aí um processo cautelar. Ela não tende, como pensam alguns estudiosos, à antecipação dos efeitos inerentes à sentença de mérito, ou seja, não visa a satisfazer o 1973” direito subjetivo material do impetrante, e, sim, a assegurar a própria prestação da tutela jurisdicional.

O CPC de 2015 alterou o sistema do CPC de 1973, quanto ao que denominávamos de *tutelas de urgência*, das quais as medidas cautelares inominadas faziam parte. O Código atual passou a aludir às *tutelas provisórias*, que compreendem às *de urgência* e às *da evidência*. As tutelas de urgência encontram-se disciplinadas nos arts. 300 a 310; as da evidência, no art. 312. O poder geral de cautela está previsto nos arts. 300 e 301.

No procedimento das tutelas de urgência, a providência concedida constitui a finalidade desse procedimento, ao passo que na ação de segurança, a liminar não é um fim em si mesma, senão que um instrumento ou meio utilizado para garantir a plena realização do escopo do processo.

A despeito de tratar-se de cautelar, a liminar característica da ação de segurança não se subordina aos princípios gerais estabelecidos pelo CPC. Assim, por exemplo, a nosso ver, não se aplica o art. 300, § 1.º, que exige a prestação de caução real ou fidejussória para a concessão da medida, destinada a “ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer” –, conquanto a mencionada norma legal dispense da caução a parte economicamente hipossuficiente, que não a possa prestar.

Não ignoramos o fato de o art. 7.º, III, da Lei n. 12.016/2009 facultar ao juiz exigir do impetrante a prestação de caução, fiança ou depósito, para assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica. Conforme dissemos em linhas pretéritas deste livro, essa disposição da Lei n. 12.016/2009 possui fortes traços de inconstitucionalidade, por embaraçar o exercício do direito de ação, previsto na Constituição da República (art. 5.º, XXXV).

Os que sustentam não ter a liminar concedida em ação de mandado de segurança natureza acautelatória, representando, isto sim, uma antecipação da prestação jurisdicional de fundo, por certo haverão de colocar-se em dificuldade para explicar a possibilidade de o juiz, ao proferir a sentença, negar o mandado de segurança por entender inexistente o direito líquido e certo alegado pelo impetrante. Nessa hipótese, a liminar teria correspondido ao prévio reconhecimento de um direito que a sentença declarou não existir. Como essa liminar tem índole cautelar, o núcleo de sua tutela não é, em rigor, o direito material invocado pelo impetrante, mas a eficácia plena da sentença, ou seja, do resultado do julgamento.

Logo, o juiz, ao conceder liminar, não se pronuncia sobre o mérito da ação, não precipita os efeitos próprios do provimento de mérito, motivo por que, ao

lançar a sentença nos autos, não estará obrigado a decidir em consonância com as razões que o levaram a outorgar, *in limine*, a providência. A concessão desta atendeu à necessidade de serem afastados os riscos de lesão do direito subjetivo do impetrante, decorrentes de ato ilegal ou abusivo de poder da autoridade apontada como coatora, ou de reparar a lesão sofrida. A investigação efetiva acerca da existência desse direito, e dos seus atributos de liquidez e certeza, será realizada pela sentença (ou pelo acórdão), sem que haja inevitável influência da liminar na sentença.

Perseverando: a liminar tem como alvo, apenas, a eficácia do ato da autoridade pública; já a sentença (ou o acórdão) se ocupa da existência do próprio ato impugnado. Isso corresponde a afirmar, por outros termos, que a liminar unicamente suspende, de maneira provisória e precária, a eficácia do ato, neutralizando os seus efeitos jurídicos, ao passo que a sentença provoca uma cassação definitiva do ato praticado pela autoridade. É relevante, portanto, essa observação, na medida em que contribui, decisivamente, para delimitar os objetos da liminar e da sentença emitidas nas ações de segurança. Por ela se constata que a liminar não traduz um prejudgamento da ação, uma antecipação da tutela jurisdicional de fundo, mas mera providência destinada a assegurar o resultado útil do processo.

Castro Nunes entende que a suspensão liminar supõe, sempre, ato *comissivo* da autoridade;⁽¹⁴⁾ conquanto o vocábulo *comissivo* não se encontre dicionarizado (trata-se, pois, de neologismo jurídico), por ele se procura exprimir a ideia de um ato positivo, concreto, materialmente constatável, enfim, de um agir, de uma faceta da autoridade pública. Dentro dessa mesma linha de conceitos, o ato dito omissivo é o não ato, a ausência do ato que deveria ser praticado: configura, portanto, uma omissão da autoridade.

Como afirmamos há pouco, o ilustre Castro Nunes é de opinião que somente o ato comissivo pode ser destinatário do pedido de suspensão liminar; sendo o caso de ato omissivo, “não há como cogitar de suspensão, porque o objeto do *writ* será então forçar a autoridade a praticar o ato.”⁽¹⁵⁾

Não partilhamos esse parecer.

Parece-nos que o festejado jurista teria chegado a tal inferência em virtude de uma interpretação excessivamente literal do art. 7.º, II, da Lei n. 1.533/1951 (em vigor na época), segundo o qual o juiz, ao despachar a inicial, determinaria que se suspendesse o ato que dera motivo ao pedido (inciso II). Ora, se assim efetivamente devesse ser entendido, haveríamos de admitir que muitos direitos

(14) Obra cit., pág. 267.

(15) *Idem*.

subjettivos, líquidos e certos, ficariam desaparecidos de proteção jurisdiccional, o que corresponderia à possibilidade de serem violados pela omissão da autoridade pública. O inciso III do art. 7.º da Lei n. 12.016/2009 contém regra semelhante.

Se a norma legal permite o ajuizamento da ação de segurança para combater um comportamento omissivo do Poder Público, não há razão lógica, nem jurídica, para alegar-se que o atingimento dessa finalidade somente seria possível por meio da sentença ou do acórdão, importa dizer, pelo provimento jurisdiccional de fundo. Assim como no geral, também no particular a liminar consiste numa providência judicial precária (e talvez temporária), baseada em juízo de mera verossimilhança, tendente a impor à autoridade pública um comportamento positivo semelhante ao que deveria adotar para a natural satisfação do direito material subjetivo do impetrante.

Essa liminar não insinua, entretanto, um atendimento ao direito do impetrante, até porque esse direito nem sequer foi ainda reconhecido pelo órgão jurisdiccional; dita providência, concedida *in limine*, não precipita a deflagração dos efeitos inerentes a um ato que inexistente (o que seria um manifesto contrassenso), senão que unicamente garante a possibilidade de tal ato vir a ser tutelado pela sentença ou pelo acórdão.

O que se deve ter sempre em conta é o fato de que ao conceder uma liminar destinada a retirar a autoridade pública de sua inércia lesiva, o juiz não está fazendo as vezes dessa autoridade e, sim, impondo a esta uma conduta necessária para atender ao direito subjetivo do solicitante da medida.

Nada impede, ainda, a concessão de liminar em ação de segurança ajuizada em caráter preventivo, por estar o direito líquido e certo do impetrante sendo objeto de ameaça grave e atual, por parte da autoridade pública. Se o escopo da ação, nesse caso, é o de impedir que a autoridade pública consuma a sua intenção de lesar o direito do impetrante, seria insensato imaginar que essa finalidade somente pudesse ser alcançada mediante sentença ou acórdão – como se antes da emissão desses pronunciamentos de fundo não pudesse se consumir a violação do direito.

2. Requisitos para a concessão

A ação de segurança, como vimos, tem sede constitucional e sua alcançada missão reside na tutela de direito subjetivo líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (CF, art. 5.º, LXIX). Esse direito pode ser de natureza material ou processual, embora, quanto ao último, a incidência do mandado de segurança fique obstada sempre que o ato puder ser impugnado por outros meios, legalmente previstos, como o recurso ou a correição parcial.

A despeito de a ação de segurança ser dotada de um procedimento especial e, acima de tudo, célere – o que é perfeitamente justificável em face de sua destinação –, há situações que reclamam uma tutela *imediate* do direito, sob pena de ineficácia da proteção definitiva, que vier a ser dada pela sentença ou pelo acórdão. Daí a possibilidade da emissão de uma providência liminar, ou seja, ato contínuo ao ajuizamento da ação.

Para Adhemar Ferreira Maciel, o juiz, ao apreciar o requerimento de suspensão liminar do ato, deve ter em mira dois princípios fundamentais, sendo um de ordem geral e outro peculiar do Direito Administrativo, a saber: a) a ausência do contraditório, da dialética processual, é uma anomalia, justificável pelo *periculum in mora*; b) os atos da administração pública, salvo prova em contrário, têm a seu favor a presunção de legitimidade.⁽¹⁶⁾

Não acreditamos, *data venia*, que esses princípios tenham, no âmbito da ação de segurança, a relevância imaginada pelo destacado jurista. Com vistas à concessão da liminar, deve o juiz verificar, isto sim, se: a) é expressivo, importante, o fundamento do pedido de suspensão *in limine* do ato impugnado; e b) desse ato possa advir a ineficácia da medida, caso deferida pela sentença ou pelo acórdão. É a esses dois requisitos, referidos pelo inciso III do art. 7.º da Lei n. 12.016/2009, que o juiz deverá atender, concedendo, ou não, a liminar, conforme seja a influência que os fatos e os documentos correspondentes tenham exercido na formação de seu convencimento jurídico.

A possibilidade de o juiz conceder, no limiar da ação de segurança, uma providência indispensável à tutela do direito do impetrante já estava prevista na Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936, como demonstra o art. 8.º, § 9.º: “Quando se evidenciar, desde logo, a relevância do fundamento do pedido, e decorrendo do ato impugnado lesão grave irreparável ao direito do impetrante, poderá o juiz, a requerimento do mesmo, mandar, preliminarmente, sobrestar ou suspender o ato aludido”.

Como se nota, não havia dois, e, sim, um requisito para a outorga da liminar: a relevância do fundamento do pedido e a lesão grave e irreparável ao direito do autor; melhor dizendo, havia um só requisito, embora integrado por duas situações articuladas entre si.

Mais tarde, o estatuto processual civil de 1939 traz para si a regulação do mandado de segurança (arts. 319 a 331), mantendo, todavia, a mesma exigência (art. 324, § 2.º).

(16) Observações sobre a liminar no mandado de segurança. In: Salvio de Figueiredo Teixeira (coord.). *Mandados de segurança e de injunção: estudos de direito processual constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 233.