

Mandado de segurança x Ato omissivo do judiciário

por Artur Ribeiro Barachisio Lisbôa

SUMÁRIO: A. Intróito - 1.a. **A Constituição Federal do Brasil de 1988**; 2.a. **O Estado e seu poder-dever jurisdicional** 3.a. **Remédios constitucionais para o controle estatal** . B. **O mandado de segurança** - 1.b. **Previsão legal** 2.b. **Natureza e objetividade**; 3.b. **Requisitos para impetração**; 3.b.1. **Autoridade** 3.b.2. **Direito líquido e certo**; 3.b.3. **Ilegalidade ou abuso de poder**. C. **Ato omissivo do Judiciário x Mandado de Segurança** - 1.c. **Alcance dos atos omissivos judiciais pela via mandamental**; 2.c. **Omissão Judiciária como ato ilegal X mandado de segurança** . D. **Conclusão** . E. **Bibliografia** A. **Intróito ao tema**

1.a. A Constituição brasileira

A constituição de feição democrática, sem adentrar nas divergências doutrinárias¹, pode ser classificada como uma norma mãe, um manancial de princípios e valores correntes na sociedade, informadores da concepção do Estado e outros aspectos relevantes da estrutura política, econômica e social do país. A Administração Pública deve agir conforme os princípios informadores que conceberam a organização estatal.

A norma constitucional é o vértice do sistema jurídico do país, confere legitimidade aos poderes estatais na medida da representatividade da sociedade pelos elaboradores da Carta. **É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado**².

Vige hoje, a Constituição Federal promulgada em 1988. A referida Norma Fundamental foi elaborada por meio de Poder Constituinte Originário, almejando, precisamente, criar um Estado capaz de **assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**³.

O regime político democrático caracteriza-se, principalmente, pelas normas protetoras do cidadão comum, afinal, é o conjunto dos anseios individuais que instituem a ordem normativa-coativa. No Brasil, os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, imodificáveis por reforma ou emenda

constitucional, deverão, portanto, ser observados com extremo rigor, haja vista que o poder tem de ser legitimado e assim permanecer, sob pena de ser extinto, por ilegitimidade, pela perda de representatividade do povo.

A norma constitucional é soberana e se localiza no topo do ordenamento jurídico, não podendo a ela se contrapor nenhum outro diploma legal ou iniciativa estatal.

2.a. O Estado e seu poder-dever jurisdicional

O Estado Democrático, detentor do poder único e indivisível, é legítimo.

Sua atividade estende-se desde a formulação de leis e sua correta aplicação até o zelo pela administração pública e controle dos seus atos, tudo conforme os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Para a função de julgar é competente o Poder Judiciário, órgão do Estado, responsável pela jurisdição, expressão proveniente do latim **“jurisdictione”** e que significa “dizer o direito”. A jurisdição, portanto, é o poder de dizer o direito, por um agente habilitado (juiz natural), criando uma norma para o caso (norma concreta) dirimindo conflitos oriundos da vida em sociedade.

A parcela de soberania conferida ao Poder Judiciário é **o exercício da jurisdição, entendida esta como o poder de aplicar a lei ao caso concreto, com a autoridade da coisa julgada, que torna imutáveis as decisões judiciais⁴.**

Nos exatos termos consagrados pela melhor doutrina nacional, jurisdição é:

“Pelo que já ficou dito, compreende-se que o Estado moderno exerce o seu poder para a solução de conflitos interindividuais. O poder estatal, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões. No estudo da jurisdição, será explicado que esta é uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões.”^{sup>5}

Nos primórdios vigia o império da auto-tutela, no qual, deveria o lesado promover de forma direta a satisfação da sua pretensão. A vingança privada, atividade realizada por meio da força bruta, foi superada quando do surgimento da figura estatal⁶, atuando como julgador imparcial para solucionar as desavenças.

O Estado possui o dever-poder da jurisdição, afinal, somente a ordem coativa normativa, legalmente e legitimamente criada, é detentora deste poder. Trata-se de dever-poder, porquanto, desde a vedação da vingança privada, somente o Estado pode exercer essa atividade, sendo o único devedor da tutela jurisdicional.

O renomado jurista José Afonso da Silva, ao conceituar o monopólio judiciário do controle jurisdicional, o fez da seguinte forma:

“A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não ...”⁷

Em virtude das assertivas supracitadas, no texto constitucional pátrio encontra-se positivado: **“A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (CF, art. 5º, inciso XXXV.)”** A preservação desta prerrogativa é tão importante que o ordenamento estabelece tipificação penal para a conduta individual que estabeleça qualquer tipo de concorrência, na espécie: **“Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite (Código Penal, art. 345)”**.

Acerca da proibição da auto-tutela e do surgimento do Estado como mediador dos conflitos, leia-se Calamandrei:

“Compreende-se, por isso, que, desde os primórdios da civilização, desde que por cima dos indivíduos, se vem afirmando um princípio de autoridade, esta tenha intervindo, primeiro, para disciplinar ou para limitar, depois, em absoluto, para proibir, de uma maneira cada vez mais enérgica e absoluta, o uso da autodefesa até chegar ao termo extremo da evolução atual em que o exercício da autodefesa é considerado como um delito.”⁸

Concluindo, o aludido mestre, o seguinte:

“Mas a proibição da autodefesa não pode ser, na prática, operativa, senão quando, quase como compensação de tal proibição, o Estado ofereça para reagir contra o atropelo meios mais fortes e eficazes que a força privada. A frase empregada a respeito pelo Código Penal, o qual castiga o exercício arbitrário dos próprios direitos, somente a condição de quem o tem cometido estivesse em condições de recorrer a juiz, demonstra que a proibição feita aos indivíduos de recorrer à força privada para fazer valer seus direitos significa necessariamente faculdade dada aos particulares de recorrer para a defesa de seus direitos à força pública do Estado.”⁹

O lesado deverá, obedecendo ao devido processo legal, outro princípio constitucional, requerer ao Estado o cumprimento do seu dever de julgar, decidindo o pedido e fazendo cumprir a decisão final, na forma da lei.

À garantia fundamental do cidadão de ter acesso à justiça corresponde o dever de postular conforme as leis do processo para ver decidido o mérito do pedido. O exercício desse direito subjetivo pelo cidadão impõe ao Estado o ônus de prestar a jurisdição, decidindo o pleito, com ou sem conhecimento do mérito.

3.a. Remédios constitucionais para o controle estatal

A Constituição, como já demonstrado, figura como marco da gênese estatal e norma de maior hierarquia dentro do ordenamento, por esta razão estatui formas de coibir os excessos e omissões do ente público. Por óbvio, almeja-se com essa previsão controlar a atividade dos agentes estatais, impondo-lhes o cumprimento do dever funcional ou corrigindo eventuais desvirtuamentos decorrentes de atos viciados.

Ao prever tais situações, a Norma Fundamental cria espécies de autodefesa, ferramentas para a preservação de direitos individuais frente a ação administrativa do Estado.

A efetividade desta proteção revela o caráter normativo da Constituição:

“A declaração de direitos desprovida de garantias teria apenas a virtude de um manifesto político com promessas sedutoras, dificilmente cumpridas pelos detentores de poder; seria ao mesmo tempo uma fonte de alegria e de desengano. A sua força estaria no esplendor de ideais profundamente humanos que difundiria; mas a sua fraqueza, na ausência de um instrumento idôneo para a sua realização.”¹⁰

Os esclarecimentos acima revelam que a característica principal da norma jurídica está na garantia estatal de seu efetivo cumprimento, ao contrário das normas morais. Nesse ponto, a Constituição inspirada nos ideais populares, representados nas pessoas de seus elaboradores, esmaece o seu caráter político-ideológico, fundamental para a sua legitimidade, para realçar uma face jurídico-institucional que se coaduna com a máxima de que **todo direito equivale a uma dever**, pois, se não houver imposição legal para se cumprir o dever, o direito de quem assistiria a prestação, restaria incisivamente lesado.

BUZAID concluiu:

“...aos direitos deve corresponder a tutela, e o grau de sua reação há de medir-se pela intensidade da ofensa.”¹¹

Com efeito, quão mais profunda for a agressão, mais diligente e efetiva deverá ser a tutela jurisdicional. Assim, há ações especiais cujos ritos foram concebidos para tutelar de maneira mais eficaz os direitos, mais precisamente, aqueles indispensáveis para a manutenção dos ideais consagrados na Constituição.

No texto constitucional pátrio, foram consagradas algumas ações garantidoras de direitos individuais e coletivos, a saber:

- Habeas corpus (art 5º, LXVIII) – idôneo para garantir o direito de ir e vir, pode ser manejado tanto para proteger o cidadão de ameaça ao seu direito de locomoção, como para cassar ato ilegal que tenha tolhido a sua liberdade.

- Mandado de segurança (art. 5º, LXIX) - Hábil para desconstituir ou impedir a realização de atos lesivos e ilícitos emanados pelo Poder Público, quando o direito lesado não for passível de defesa pela via do habeas corpus e do mandado de injunção.

- Mandado de injunção (art 5º, LXXI) - Pertinente para sanar a omissão legislativa do Estado, quando a omissão inquinada for capaz de inviabilizar o devido gozo dos direitos assegurados em sede constitucional.

- Habeas data (art. 5º, LXXII) – Para viabilizar o acesso do cidadão aos seus dados constantes em quaisquer registros ou banco de dados de caráter público ou governamental, bem como para proceder as suas devidas retificações.

- Ação popular (art. 5º, LXXII) – Prerrogativa conferida ao cidadão que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidades que o Estado tenha efetiva participação, à moralidade do Estado, à natureza ou ao patrimônio histórico e cultural.

- Ação civil pública (art. 129, III) – A titularidade ativa, da ação ora comentada, fora atribuída ao Ministério Público, o qual, deverá utilizar este remédio a fim de proteger o patrimônio público e social, do meio ambiente, bem como de quaisquer outros interesses difusos e coletivos.

De toda maneira, no presente trabalho, nos ateremos a comentar apenas o mandado de segurança, ação mandamental imbuída do escopo de fazer cessar ameaça ou lesão a direito líquido e certo, ocasionadas por abuso de poder ou ilegalidade, quando emanados por autoridade pública ou particular, este último, somente quando estiver atuando por delegação do poder público.

B. O mandado de segurança

1.b. Previsão legal

O mandado de segurança é ação prevista no bojo da Constituição Federal. No artigo 5º, LXIX, da Constituição, está positivado, **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.**

Como visto, o mandado de segurança tem a sua previsão legal no seio da Constituição Federal promulgada em 1988. Não é sem propósito que o remédio processual ora comentado está situado, mais especificamente, no Título II (Dos

Direitos e das Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) da Carta Magna.

A localização do mandado de segurança, dentro da organização da Constituição, se deve as seguintes razões: 1. Elevar essa ação à altura de garantia fundamental, imutável, constituindo base do resto da Constituição. 2. Legitimar o manuseio desse processo por qualquer do povo, visando, dessa forma, obter um efetivo controle difuso da atividade estatal.¹²

Em legislação infraconstitucional, há diversos diplomas legais versando sobre a matéria, contudo, deve-se destacar as mais importantes, quais sejam:

I. Lei 1533, promulgada em 31.12.1951 – Conhecida como a lei do mandado de segurança, este dispositivo legal (lei ordinária) disciplina as questões suscitadas na C. Federal, indicando a legitimidade ativa e apontando quem poderá ser enquadrado na qualidade de autoridade coatora (legitimidade passiva), bem como fixando procedimentos especiais.

II. Lei 4348, promulgada em 26.06.1964 – Estabelece normas processuais relativas ao mandado de segurança.

2.b. Natureza e objetividade

O Mandado de segurança é procedimento de processo judicial, o qual, tem por finalidade atingir, alternativamente, dois escopos: 1. Impedir que atos danosos se concretizem (vacina preventiva); 2. Desconstituir atos ilícitos e lesivos já corporificados (soro emergencial). **Trata-se de verdadeira ação constitucional, pois é, na verdade, um pedido de atuação jurisdicional**¹³.

Destarte, sempre que possível (quando evidenciada ameaça e antevisto o dano), dever-se-á impetrar mandado de segurança preventivo para obstar que a pretensão ilegal alcance o *status* de ato ilegal. Entretanto, quando não for possível tal prevenção, deve ser utilizado o remédio heróico para impugnar o ato ilegal.

A ação mandamental em tela visa, precisamente, **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.**

A primeira consideração a ser tecida é que o mandado de segurança tem aplicabilidade residual, vale dizer, somente será utilizado quando não houver outro remédio processual hábil ao desfazimento do ato ilícito. Por exemplo, em eventual constrangimento ilegal do direito de ir e vir por autoridade policial, não

será pertinente o uso do mandado de segurança, uma vez existente o habeas corpus, remédio processual especificamente criado para este fim.

Haja vista tratar-se de ação com o objetivo específico de controlar os atos ilegais e os maculados por abusos de poder emanados por **autoridade pública** (ou particulares no exercício de **função pública**), é evidente que o mandado de segurança constitui ferramenta para o controle externo da administração pública.

No ordenamento brasileiro, a despeito do ocorrido em diversos países, foi instituído o sistema da Jurisdição única. Nesse sistema, cabe exclusivamente ao Judiciário o dever de apreciar as dissensões ocorridas no bojo da sociedade, independentemente das partes envolvidas no litígio.

No atinente a especialidade do mandado de segurança, manifestou-se Celso Antônio Bandeira de Melo, da seguinte forma:

“Dentre as medidas intentáveis para correção da conduta administrativa, afora as comuns ao Direito Privado, como exempli gratia, as de defesa ou reintegração de posse ou as ações ordinárias de indenização e as cautelares em geral, existem algumas específicas para enfrentar atos ou omissões de “autoridade pública”. São elas o habeas corpus, o mandado de segurança, individual ou coletivo, o habeas data, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão.”¹⁴

A finalidade evidente, pois, da ação mandamental em estudo é municiar os cidadãos de remédio processual adequado ao controle do Estado. Como asseverado por Alfredo Buzaid, a intensidade da reação da tutela deve ser medida pela extensão da ofensa e, quando se trata de desobediência do Estado a ordem constitucional, extremamente grave é o dano e, para se evitar a tirania dos governantes, eficaz deve ser a solução judicial.

3.b. Requisitos para a impetração

Na forma do texto legal, o mandado de segurança é remédio hábil contra **ilegalidade ou abuso de poder**, emanados por **autoridade** e para proteção, exclusiva, de **direito líquido e certo**.

Os requisitos apontados devem ser atendidos integralmente, vale dizer, o atendimento aos requisitos deverá ser dar de forma concorrente. Não se admite mandado de segurança quando o sujeito, embora apresente direito líquido e certo, não tenha sofrido constrangimento ilegal pela administração pública ou por particular atuante em função pública.

O impetrante, para utilizar o **writ**, deverá ter direito líquido e certo lesado ou ameaçado, por autoridade pública ou particular no exercício de função delegada pelo poder público, por ato recoberto de ilegalidade ou abuso de poder.

Ante aos requisitos para legitimação do uso do **mandamus**, apontados na norma constitucional e reproduzidos pela letra fria da lei, cumpre aclarar os conceitos de cada um dos elementos necessários para impetração desta ação constitucional.

3.b.1. Autoridade

O mandado de segurança deve ser impetrado contra a autoridade que perfez o ato ilegal ou abusivo, a chamada autoridade coatora. Se enquadram no conceito de autoridade quaisquer membros do poder público ou mesmo particulares, desde que no exercício de função pública.

O conceito de autoridade coatora, para flagrar a legitimidade no uso do mandado de segurança, é o mais amplo possível. O Legislativo preocupou-se em aumentar o rol de pessoas passíveis de sofrer impetração de mandado de segurança por seus atos, uma vez que assegura o direito de impetração contra autoridade **seja de que categoria fôr e sejam quais forem as funções que exerça**¹⁵.

Ademais, o texto legal ainda considera autoridade coatora, para os efeitos da lei do mandado de segurança, **os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entende com essas funções.**

A doutrina, seguindo os passos do legislador pátrio, entende que a acepção de autoridade coatora deve ser a mais ampla possível e nessa mesma linha segue o entendimento esposado pelos magistrados, leia-se o trecho da decisão abaixo transcrito:

“... o conceito de autoridade, para efeitos do pólo passivo na ação mandamental, é muito mais amplo do que imagina o Impetrado. A letra fria da lei específica já sinaliza para um universo maior de pessoas que, de fato, não são autoridades ou sequer exerçam função pública, ao dispor que elas podem ser de qualquer categoria ou qualquer função que exerçam (art. 1º, in fine e par. 1º Lei 1.533/51), daí proliferando inúmeros julgados pacíficos, legitimando passivamente para o mandamus, dentre outros, o diretor de estabelecimento particular de ensino, diretor de estabelecimento bancário, quando praticam ato no exercício de função delegada de poder público, exceto os de mera gestão.”¹⁶

No atinente a legitimidade passiva de particular em ação de mandado de segurança, editou, o Supremo Tribunal Federal, a súmula 510, esclarecendo que **praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.**

O sentido de tal interpretação é óbvia, intenta-se garantir maior segurança ao administrado, possibilitando-o utilizar-se do remédio heróico para fazer valer o seu direito de forma célere contra o maior número possível de autoridades.

Não obstante demonstrar a legitimidade da autoridade impetrada, outrossim, para possibilitar a impetração do mandado de segurança, deverá o Impetrante provar que teve o seu **direito líquido e certo** atingido de forma **ilegal** ou mediante **abuso de poder**.

3.b.2. Direito líquido e certo

Preliminarmente, há que se registrar que não é pacífica a definição de direito **líquido e certo**, nem a doutrina, nem a jurisprudência, foram capazes de formular um conceito recepcionado sem embargo no mundo jurídico. Em verdade, a doutrina defende a maior pertinência da locução antiga, qual seja, “direito certo e incontestável”¹⁷.

Analisando-se doutrina mais especializada¹⁸, flagrar-se-á, ponto incontroverso no atinente a definição ora perquirida, entende-se que o direito líquido e certo é aquele não sujeito de ser contestado. No mandado de segurança não é o impetrado intimado para oferecer a sua resposta no prazo de lei e sim, intimado para prestar informações no decêndio legal, haja vista a incontestabilidade do pedido.

Inclusive, a locução **direito líquido e certo** foi por muitos criticada¹⁹ sob o argumento de que todo direito proclamado pelo Judiciário, quando do proferimento da sentença, é líquido e certo, uma vez que configura título executivo.

Com efeito, ousamos discordar desta corrente de pensamento, porquanto, ao nosso ver, o direito líquido e certo na ação mandamental deverá ser demonstrado no início da demanda, portanto, muito antes da decisão de mérito, como sugerido pela crítica.

O mandado de segurança, embora ação tipicamente de conhecimento, não terá a sua fase probatória no curso da instrução processual. Toda prova relativa a matéria discutida em juízo deverá ser pré-constituída. Essa produção de provas de forma antecipada e integral se presta a demonstrar o **direito incontestável** invocado para legitimação do uso do **mandamus**.

Brilhante, Pontes de Miranda, dissecou o tema com a seguinte análise:

“Direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser acarado com o exame de provas em dilações; que é

de si mesmo, concludente e inconcusso. Outro significado não se dá, em direito comercial, ao adjetivo líquido, cuja jurisdição os tempos já cunharam: título líquido, obrigação líquida são termos contraditórios e de efeitos especiais à sua qualidade. De iliquidez inquina-se um papel, ou direito, ou obrigação, ou título, quando sobre ele pairam dúvidas razoáveis sobre o quanto. Tais considerações também cabem, em se tratando de mandado de segurança. Desde que, com os documentos juntos, fica patente o direito do suplicante, líquido e certo é o seu direito. Não deixa de ser certo e incontestável, se a controvérsia estabelecida somente concerne à interpretação da lei ou à revelação do direito subjetivo, porque, aí, a incerteza ou contestabilidade é só subjetiva – é simples insuficiência do juiz.”²⁰

Concluindo:

“Por mais duvidoso que se sinta o espírito do julgador na determinação da lei competente, isso não atua na situação jurídica que não passa por esse acidente psíquico do julgador, a ser incerta e contestável. O direito existe, ou não existe; mas, existindo, pode depender de provas, em dilações, e então é incerto e ilíquido.”²¹

Para configurar o direito líquido e certo e, por conseguinte, ter o uso do remédio heróico permitido, é dever do impetrante pautar-se em diploma legal ou princípio previsto explicitamente na Norma Maior. Não suficiente, deverá também pré-constituir a prova a fim de demonstrar a verossimilhança da situação fática descrita e, por fim, relacionar o liame havido entre os fatos dos quais participou e o direito invocado. Desnecessário tecer maiores considerações após a citação efetivada acima.

3.b.3. Ilegalidade ou abuso de poder

A administração pública pauta as suas ações em diversos princípios, dentre os quais, está presente o princípio da legalidade. Em decorrência do referendado princípio, a administração pública, inversamente do que ocorre na esfera privada de direitos²², somente pode realizar atos quando houver previsão legal conferindo-lhe tal direito.

Logo, quando o ente estatal atua arbitrariamente, dado o princípio da legalidade, este ato é passível de sofrer cassação pela via mandamental. O ato coator, portanto, não precisa ser **contra-legal** basta que não haja previsão legal permitindo a intervenção do Estado para que o ato seja inválido.

Como já explicitado no item “a” do presente trabalho, o Brasil é Estado democrático de direito, pelo que o Estado é obrigado a observar e respeitar as garantias individuais. Destarte, o abuso de poder é ato ilegítimo, o qual, exorbita a esfera de poder conferida pelo povo ao Estado e nada mais é, senão uma espécie de ilegalidade.

O Legislador ao citar a ilegalidade e o abuso de poder como dois institutos distintos foi em demasia redundante. Concordamos com a Prof. Maria Sylvia

Zanella Di Pietro ao afirmar que **bastaria a menção à ilegalidade, que o abuso de poder já estaria compreendido no vocábulo**²³.

C. Ato omissivo do Judiciário x Mandado de Segurança

1.c. Alcance dos atos omissivos judiciais pela via mandamental

Todos os órgãos do Estado estão sujeitos a cometer abusos ou ilegalidades merecedoras de correção pelo remédio heróico. O mandado de segurança pode ser interposto contra atos do legislativo, executivo ou judiciário, indistintamente, desde que respeitados os demais requisitos legais previstos para a impetração.

São passíveis de cassação pela via mandamental os atos positivos ou negativos da administração pública. A impetração é cabível para coibir a prática de ilegalidade, para anular ato ilegal já praticado, bem como para impor o cumprimento de dever legal que o Estado venha se eximindo.

Nesse diapasão, leia-se a brilhante explanação abaixo transcrita:

“O ato impugnado pelo mandamus abrange qualquer conduta positiva ou omissiva, de tal modo que esse remédio constitucional revela-se como um poderoso mecanismo de controle incidental das omissões do poder público, nas hipóteses de violação a direito líquido e certo, decorrente de omissão total ou parcial, normativa ou não normativa, do poder público.”²⁴

Outrossim, ensina o professor Hely Lopes:

“... equiparam-se a atos de autoridade as omissões administrativas das quais possa resultar lesão a direito subjetivo da parte, ensejando mandado de segurança para compelir a Administração a pronunciar-se sobre o requerido pelo impetrante, e durante a inércia da autoridade pública não corre o prazo de decadência da impetração.”²⁵

Ex vi do lecionado acima, portanto, uma vez evidenciada omissão de autoridade do Poder Judiciário, plenamente atacável pela impetração do **writ**, tal omissão, a fim de que se cumpra a obrigação estipulada em sede constitucional.

2.c. O ato omissivo do Judiciário como ato ilegal X Mandado de Segurança

Reitere-se, a Constituição Federal do Brasil em vigor consagra o acesso à justiça como cláusula pétrea. O direito de invocar a jurisdição e receber a prestação jurisdicional do Estado, consistente no julgamento da demanda conforme a lei, portanto, configura uma garantia fundamental de qualquer cidadão brasileiro.

Com efeito, o Judiciário foi concebido, no bojo da Constituição, para

desempenhar a função de julgar e, por meio de suas decisões, extinguir as controvérsias e fazer valer a vontade da lei de acordo com o caso concreto. Por óbvio, a decisão deve ser tomada em tempo hábil de se resguardar o direito agredido e retornar a situação ao **status quo ante**.

A atividade jurisdicional, no entanto, deve ser exercida com zelo e cautela, por meio do processo. O processo é um complexo de atos formais (procedimentos), dirigidos para o fim específico de aclarar e analisar a questão fática para, somente após a formação do convencimento do agente do Judiciário, ser proferido o direito pertinente.

Nas precisas palavras de Marinoni, o **processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição**.²⁶ Sendo assim, ao sentir-se lesado, poderá o indivíduo proceder com a atividade processual, lhe facultada pelo Estado, a fim de legitimar a atuação estatal no poder da jurisdição.

No processo de conhecimento, primeiramente, se realizará a produção das provas (fase probatória) com o objetivo de elucidar²⁷ a matéria fática. Em segundo momento, se confrontará o resultado da produção probatória com a matéria jurídica (fase instrutória). Somente após tais etapas, o processo estará pronto para ser decidido (fase decisória), na qual, o juiz, motivadamente, demonstrará as razões da sua convicção e dirá o direito.

É inerente a prática processual, para que se cumpra com o devido cuidado as etapas acima aludidas, uma moderada lentidão. Não há que se falar em ilegalidade do Judiciário, portanto, quando evidenciada essa indispensável cautela na produção cognitiva.

Contudo, resta configurada conduta ilícita do Judiciário, por ato omissivo, quando injustificadamente e por prazo irrazoável, não for exercido o dever legal de impulsionar o processo ou de se alcançar a decisão final. Até mesmo a condescendente lei orgânica da magistratura, no seu artigo 35, II, positiva que o magistrado deverá **não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar**.

O ilícito nessa hipótese é tão reconhecido que, na hipótese de perecimento do direito em decorrência da morosidade no funcionamento da justiça, incontroversa é a responsabilidade do Estado pela sua omissão.

Como visto, o mandado de segurança se destina, alternativamente, a impedir a ocorrência de lesão a direito líquido e certo, fazer cessar ato ilegal que transgrida esse direito ou impor à administração pública o cumprimento de obrigação a que estava obrigada por força de comando legal.

Imagine-se, os seguintes exemplos:

I - “A” ingressou, em 1995, com medida judicial indenizatória contra “B”. A fase instrutória foi concluída em meados de 1997, não havendo nenhum incidente processual, culminando com a conclusão dos autos para sentença. Todavia, até a presente data não foi decidido o litígio.

II - Ajuizou-se, em janeiro de 2004 ação de rito ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, dada a urgência do provimento pleiteado. Feita a conclusão dos autos em fevereiro, constatou-se que em abril do mesmo ano ainda não havia sido apreciado o referido requerimento.

Assim, em ambos os casos, ante ao inescusável excesso de prazo da **autoridade judiciária** em apreciar a demanda, expondo, por conseqüência, a parte interessada ao **periculum in mora**, legitimado restará o uso do remédio processual constitucional para impelir o órgão inerte ao cumprimento do seu mister.

Os requisitos para impetração do mandado de segurança restariam satisfeitos, senão, vejamos:

* Direito líquido e certo - Seria configurado pela garantia fundamental de qualquer cidadão ter o seu pleito apreciado pelo Poder Judiciário.

* Ilegalidade ou abuso de poder – Consubstanciada na inércia do órgão jurisdicional, eximindo-se do seu dever de julgar, contrariando os prazos do CPC e não obedecendo a lei orgânica da magistratura.

* Autoridade coatora – O juiz natural, devidamente investido no cargo por meio de concurso público e imbuído da função pública de julgar.

Dessa maneira, cumpridas as imposições legais, na forma acima discriminada, totalmente pertinente é a utilização do **mandamus** para coagir o agente público, **in casu**, o magistrado, a desempenhar de forma célere e eficaz o seu dever de apreciar a contenda judicial.

D. Conclusão

Consoante as razões expostas nesse trabalho, conclui-se:

A Constituição brasileira é norma fundamental que institui Estado Democrático de Direito, o qual, é obrigado a respeitar as garantias fundamentais, sob pena de tornar-se ilegítimo. A referida Carta Magna, ainda, consagra o Estado como o único detentor e devedor da jurisdição, porquanto, esta é uma feição da

soberania.

Constitui garantia fundamental o direito de ter acesso à justiça, sendo assim, o Estado é obrigado a exercer o dever jurisdicional, primeiro, para efetivar a garantia fundamental do cidadão, segundo, para se cumprir a imposição delegada pela norma constitucional de promover a justiça.

A Constituição, não obstante, seja vértice do ordenamento jurídico, prevê no seu bojo remédios para assegurar a fiel observância de todos os seus termos, notadamente, os princípios basilares para formação do Estado brasileiro. Dentre esses remédios constitucionais, está o mandado de segurança, servindo como instrumento eficaz no controle difuso da administração pública.

Os atos, sejam omissivos ou positivos, de qualquer das feições do Estado são passíveis de correção pela via do mandado de segurança, desde que respeitados os requisitos para a sua impetração. Logo, os atos emanados do Judiciário são passíveis de correção pela via mandamental.

Evidenciou-se que é inerente ao processo e, portanto, a atividade judiciária, uma lentidão moderada, com o escopo de se realizar a produção cognitiva e alcançar com cautela e segurança o advento da sentença. Por conseguinte, demonstrou-se não ser qualquer espécie de demora na prestação jurisdicional um ato ilícito.

Definida a conduta ilícita, por ato omissivo do Judiciário, como aquela demora demasiada e desmotivada, na impulsão oficial do processo, bem como na prolação da sua decisão. Uma vez conceituada a ilegalidade por omissão do Judiciário, demonstrou-se a pertinência na utilização do remédio heróico para sua correção, indicando o atendimento a cada um dos requisitos para impetração no caso específico.

A finalidade precípua, da impetração de mandado de segurança no caso ventilado, é clamar pela devida prestação jurisdicional, obrigando o Estado a realizar a jurisdição, atividade a qual encontra-se vinculado pelas premissas constitucionais. Vale lembrar que a justiça está destacada no preâmbulo da nossa Constituição, sendo uma das causas ensejadoras da formação do Estado de direito.

Insta salientar, repetidamente, que o direito, sem uma garantia real do seu cumprimento nada mais é do que mera quimera, instrumento demagógico de controle dos fracos pelos poderosos. A justiça, pois, deve ser hábil e eficaz na salvaguarda dos direitos, sob pena tornar-se instrumento inócuo.

Ante a realidade vagarosa, ou até inerte, da jurisdição do Estado do Brasil, não pode quedar-se o cidadão de bem. Ora, a justiça é direito fundamental neste Estado e, o direito em tela, somente se concretiza quando ministrado a tempo de sanar o ato ilegal e resguardar o direito atacado. No concernente a essa questão, leia-se Ruy Barbosa, na “Oração aos Moços”:

“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardineiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas a sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.”²⁸

O funcionamento truncado do Judiciário brasileiro aumenta o seu desprestígio diuturnamente, haja vista que as lides, comumente, demoram anos para serem apreciadas. A segurança jurídica, por conseguinte, fica profundamente abalada ante a ausência de garantia, ou melhor, diante da certeza de garantia intempestiva, de reparação dos direitos lesados.

O homem criou o ideal de justiça a fim de se esquivar da instabilidade da natureza do seu semelhante, por esta razão o juiz deve ser imparcial e decidir a sorte da parte em consonância com normas pré-concebidas. Sem embargo, é um conjunto de regras que estabelece a atuação do magistrado e, destas regras, o mesmo não pode se escudar sob pena de se esvaír o ideal de equidade.

Com a costumeira acuidade, o Prof. Calmon de Passos, ao analisar o tema, se manifestou:

“Cuida-se, ao meu ver, de algo de interesse geral prioritário, visto como civilizar-se é colocar-se imune ao arbítrio e isto só é possível quando deixamos de nos submeter ao governo dos homens e passamos a obedecer um conjunto de regras. Alcançar este objetivo requer um tipo especial de organização do poder político dotadas de instituições que assegurem, num primeiro momento, a juridicização das opções políticas e, subseqüentemente, sua efetividade, quando tiverem que ser traduzidas em decisões disciplinadoras de casos concretos, comando a exigir obediência e impor sujeição. Precisamente este é o espaço em que atuam quantos estão envolvidos com a função jurisdicional, nele se destacando os magistrados. Se não forem também governados por um conjunto de regras, teremos, em verdade, a pretexto de eliminar tiranias, apenas institucionalizado novos déspotas, o que é preocupante, se recordarmos que os novos dominadores se pretendem legitimados sem o respaldo da vontade popular e a cavaleiro de qualquer controle social.”²⁹

Logo, em havendo normas legais regulamentando os direitos e deveres dos magistrados, deve-se garantir os seus direitos e impor-lhes o cumprimento dos seus deveres. Caso contrário, ficará caracterizada a tirania referida pelo Ilustre Professor Calmon de Passos.

Embora seja realidade constante a existência quase inerte, do Judiciário brasileiro, não pode o povo silenciar-se e quedar-se sem adotar os remédios processuais cabíveis a fim de alterar esse malfadado status. Com base nesse pensamento, o mandado de segurança é remédio adequado para se impor ao Estado o dever de julgar e tornar efetiva a garantia fundamental de acesso à justiça, prevista na Constituição.

Notas de rodapé convertidas

1. Vide **Lassale, Ferdinand** - A essência da Constituição (acepção sociológica) e **Kelsen, Hans** - Teoria pura do direito (acepção jurídica) e **Schmitt, Carl** – Teoria da Constituição (acepção política).
2. Da Silva, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo, 19ª edição – Editora Malheiros : São Paulo. Página 45.
3. Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil
4. Vários autores. Curso de direito constitucional. – São Paulo : Saraiva, 2004. Página 281.
5. Cintra, Antônio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini e Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria Geral do processo – São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 12ª edição. Página 24.
6. Refere-se a Estado aqui na sua acepção latu-sensu, como estrutura de poder legitimada.
7. Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 19ª edição – Editora Malheiros : São Paulo. Página 434.
8. Calamandrei, Piero. Direito processual civil ; tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri – Campinas: Bookseller, 1999, Volume I, página 181.
9. Ibidem, página 182/183.
10. Buzaid, Alfredo. Do mandado de segurança – São Paulo : Saraiva, 1989, página 17.
11. Ibidem
12. Vide Cunha Júnior, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público – São Paulo : Saraiva, 2004.

13. Vários autores. Curso de direito constitucional. – São Paulo : Saraiva, 2004. Página 86.

14. Bandeira de Melo, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 15ª edição, refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 39, de 19.12.2002. Malheiros Editores LTDA : São Paulo, 2003. Página 813.

15. Lei 1533/51 – Lei do mandado de segurança

16. Trecho de decisão proferida nos autos nº 140.03.959855-6, em curso na 15ª Vara Cível de Salvador.

17. Menezes Direito, Carlos Alberto. Manual do mandado de segurança, 3ª edição, ampliada e atualizada – Rio de Janeiro : Renovar, 1999. página 61.

18. Refere-se, aqui, aos mestres Alfredo Buzaid, José Cretela Júnior e Carlos Alberto Menezes Direito.

19. Leia-se o Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal em sua obra Mandado de segurança.

20. Miranda, Pontes de. Comentários à Constituição de 1946, 2ª ed. 4º volume. Página 369/370.

21. Ibidem

22. Em virtude do princípio da livre iniciativa

23. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo – 15ª ed. – São Paulo : Atlas, 2003. Página 638.

24. Cunha Júnior, Dirley. Do Controle judicial das omissões do poder público – São Paulo : Saraiva, 2004. Página 450.

25. Meirelles, Hely Lopes – Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”. 18ª ed. atual. por Arnold Wald : São Paulo – Malheiros, 1997. Página 32.

26. Marinoni, Luiz Guilherme

Manual do processo de conhecimento : A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. Página 56.

27. Em verdade, os fatos provados no processo não correspondem aos fatos ocorridos no mundo real. Na fase probatória objetiva-se alcançar a

verossimilhança fática, ou seja, a maior proximidade dos fatos tais como se sucederam.

28. Barbosa, Ruy – Oração aos Moços, pág. 30, reedição da Faculdade Ruy Barbosa e do Museu Casa de Ruy Barbosa, outubro de 2001, Salvador, Bahia.

29. Passos, José Joaquim Calmon de – Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam – Rio de Janeiro : Forense, 2000. Página 105/106.

Bibliografia:

Bandeira de Melo, Celso Antônio - Curso de direito administrativo, 15ª edição, refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 39, de 19.12.2002.

Malheiros Editores LTDA : São Paulo, 2003. Barbosa, Ruy – Oração aos Moços, reedição da Faculdade Ruy Barbosa e do Museu Casa de Ruy Barbosa, outubro de 2001, Salvador, Bahia.

Buzaid, Alfredo - Do mandado de segurança – São Paulo : Saraiva, 1989.

Calamandrei, Piero - Direito processual civil, volume I ; tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery – Campinas: Bookseller, 1999.

Cintra, Antônio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini e Dinamarco, Cândido

Rangel - Teoria Geral do processo – São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 12ª edição.

Cretella Júnior, José – Comentários à Lei do mandado de segurança – Rio de Janeiro : Forense, 2002.

Cunha Júnior, Dirley da - Controle judicial das omissões do poder público – São Paulo : Saraiva, 2004.

Di Pietro, Maria Sylvania Zanella - Direito administrativo – 15ª ed. – São Paulo : Atlas, 2003.

Marinoni, Luiz Guilherme - Manual do processo de conhecimento : A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Meirelles, Hely Lopes – Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”. 18ª ed. atual. por Arnold Wald : São Paulo – Malheiros, 1997.

Menezes Direito, Carlos Alberto - Manual do mandado de segurança, 3ª edição, ampliada e atualizada – Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

Miranda, Pontes de - Comentários à Constituição de 1946, 2ª ed. 4º volume. Página

Nery Júnior, Nelson - Princípios do processo civil na Constituição Federal – 4ª ed. rev., aum. e atual. Com a lei das interceptações telefônicas 9296/96 e a Lei da arbitragem 9307/96 – São Paulo : Editora revista dos Tribunais, 1997.

Passos, José Joaquim Calmon de, 1920 – Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam – Rio de Janeiro : Forense, 2000.

Silva, José Afonso - Curso de direito constitucional positivo, 19ª edição – Editora Malheiros : São Paulo.

Vários autores - Curso de direito constitucional. – São Paulo : Saraiva, 2004.

Fonte: [cedido pelo autor via online.](#)

Revista Jus Vigilantibus, Segunda-feira, 24 de janeiro de 2005

Sobre o autor

Artur Ribeiro Barachisio Lisbôa

Acadêmico em direito (9º semestre – UCSal), estagiário do EABL - Escritório de Advocacia Barachisio Lisbôa. Email: artur@eabl.com.br