

PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL TERATOLÓGICO: PRESSUPOSTO PARA O CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA?¹

Leonardo Oliveira Soares.

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) FADIPA. Procurador do Estado de Minas Gerais.

Resumo: No artigo, analisa-se, criticamente, o entendimento jurisprudencial brasileiro segundo o qual o pronunciamento jurisdicional deve revestir-se de atributo específico para ensejar o cabimento de mandado de segurança. Para tanto, foi considerada a disciplina vigente, no direito pátrio, ao propósito do recurso de agravo.

Resumen: En el artículo, es analizado, críticamente, el entendimiento de los tribunales brasileños según el cual la decisión judicial debe presentar cualidad específica para autorizar la utilización de *mandamus*. Para tanto, fue considerada la disciplina vigente, en el derecho brasileño, en relación al recurso de agravo.

Palavras-chave: devido processo legal, recurso, inconstitucionalidade material, mandado de segurança.

Palabras clave: debido proceso legal, recurso, inconstitucionalidad material, *mandamus*.

Sumário: 1-Introdução. 2-Inconstitucionalidade material da decisão que converte agravo de decisão liminar. 3-Atributo específico do pronunciamento jurisdicional como pressuposto para o cabimento do mandado de segurança. 4-Ainda sobre o atributo específico do pronunciamento jurisdicional. 5-Conclusões. Referências bibliográficas.

“...quando o recurso previsto em lei não se mostrar apto a evitar a lesão do direito e o conseqüente dano, é legal, constitucional e jurídico que o indivíduo procure no arsenal do direito um outro meio que impeça o perecimento do direito e o dano ao seu patrimônio. E esse outro meio pode perfeitamente ser o mandado de segurança..”
(Celso Agrícola Barbi).

¹ Artigo originariamente publicado na *Revista Dialética de Direito Processual*. n 89. São Paulo: Dialética, ago. 2010. Texto revisto, corrigido e acrescido.

1. Introdução:

Considerando-se que o projeto de CPC (PLS 166/2010, atualmente em tramitação legislativa na Câmara dos Deputados, PL 8.046/2010) exclui a previsão de agravo retido e restringe, sobremodo, o cabimento do agravo de instrumento, poderá ser dito que o tema em exposição deixará, em breve, de revestir-se de importância. Ao que se responde que a teoria do isolamento dos atos processuais (art. 1211 do CPC) e os milhares de processos, hoje, em tramitação, acabam por enfraquecer a objeção.

De outro lado, o que, agora, diz-se quanto ao cabimento do mandado de segurança, poderá ser aproveitado nas situações em que a irrecurribilidade imediata das interlocutórias², consagrada no PLS 166/2010, certamente levará (*rectius*: poderá levar) à utilização do remédio constitucional em apreço.

Pois bem. Diante da crescente valorização dos precedentes no direito brasileiro, não menos que a verificada nos alienígenas, será dado ao texto enfoque metodológico, digamos, crítico/analítico, considerado o entendimento jurisprudencial majoritário a respeito da disciplina normativa vigente do recurso de agravo.

Assim, a partir de respeitáveis decisões proferidas respectivamente pelo Superior Tribunal de Justiça e pela Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais examina-se se o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial reclama preenchimento de pressuposto específico não previsto em lei, a saber: voltar-se contra pronunciamento jurisdicional teratológico.

Pontua-se que não serão objeto de análise os pressupostos legais da ação mandamental, os quais, segundo autorizada doutrina³, subdividem-se em constitucionais (art. 5º, LXIX), previstos no CPC e dispostos em lei especial (agora lei n.º 12.016/09).

A discussão levará em conta o pronunciamento jurisdicional que converte (inevitavelmente) agravo de decisão que aprecie requerimento de provimento satisfativo ou cautelar.

Salienta-se, por fim, que não se busca com o texto incentivar a utilização indiscriminada do mandado de segurança.

² Sobre o tema, vide SOARES, Leonardo Oliveira. A relação “necessária entre recurso de agravo e mandado de segurança como ponto de afirmação do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *RePro* 191/127-144, jan. 2011.

³ GONCALVES, Aroldo Plínio. Pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança e condições de seu exercício contra ato judicial. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos em Memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 61 e ss.

Bem ao contrário, olhar mais acurado levará ao objetivo almejado, e que é precisamente o oposto: afastar a utilização do remédio constitucional, desde quando respeitado o princípio constitucional do devido processo legal.

Por outras palavras: o problema versado envolve antes a atividade do aplicador (juiz) que a lei⁴ abstratamente considerada.

2. Inconstitucionalidade material da decisão que converte agravo de decisão liminar.

Sabe-se que o sistema pátrio possibilita ao autor requerer, a título provisório, decisão antecipatória⁵ de efeitos da tutela pretendida na inicial.

De ordinário, a antecipação ocorrerá sob a forma de decisão interlocutória agravável. Diz-se isso porque nada impede que haja antecipação ao ser proferida sentença, ou mesmo na fase recursal. Fique-se, porém, com a situação mais comum no dia a dia do foro. Em vista do que dispõe o CPC, não fica excluída de antemão a possibilidade de o agravo então interposto vir a ser convertido. E, nos termos do art. 527, § único do CPC, dita decisão será irrecorrível.

A respeito do tema, em recente publicação, deixou-se registrado⁶:

“Realmente, o critério decisivo para que se admita a conversão reside precisamente na preservação de utilidade do recurso então interposto. Assim, se o direito ao reexame de decisões jurisdicionais se constitui em desdobramento do devido processo legal e, mais, se há previsão legal de recurso, a incompatibilidade com o texto constitucional estará antes na decisão que converte o agravo, esvaziando-lhe o objeto, que no dispositivo legal que autoriza a conversão. Melhor dizendo, que no dispositivo que veda a recorribilidade dessa decisão. Ou seja, a partir do caso concreto,

⁴ Em votação no Senado, a chamada flexibilização procedimental, prevista no PLS 166/2010, restou afastada. A supressão se nos apresentou correta, tendo em conta que não haverá recurso, de imediato, das tantas decisões interlocutórias por meio das quais o procedimento passará a ser construído casuisticamente e que, fatalmente, acabará por desencadear a impetração do remédio constitucional em destaque no texto. Inconveniente para o qual chamamos a atenção em outro trabalho intitulado O prazo prescricional das ações (pretensões indenizatórias) propostas contra o Poder Público do Estado Democrático de Direito brasileiro, in *RePro* 195/137-158, maio 2011. O ponto ora tratado encontra-se às páginas 139 e 140 de aludido estudo.

⁵ Na sempre judiciosa lição de BARBOSA MOREIRA, a tutela antes que sujeito é objeto da decisão antecipatória. Daí se afigura correto dizer tutela antecipada e decisão antecipatória. Antecipação de tutela: algumas questões controversas. *Temas de Direito Processual* - 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p.78

⁶ 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, mar. 2010, p. 41.

poder-se-á falar de inconstitucionalidade, mas sempre da decisão que torne, por via oblíqua, irrecorrível o pronunciamento judicial”.

Bem verdade que o artigo autoriza ao Relator reconsiderar sua decisão.

No entanto, não parece razoável concluir que o legislador previu o cabimento de recurso denominado pedido de reconsideração para decisão por ele rotulada de irrecorrível.

Dessa maneira, afirma-se que será ilegal (inconstitucional) o pronunciamento irrecorrível que converta agravo de decisão que aprecie requerimento de medida de urgência.

Explica-se. Acolhido o pedido, a decisão antecipatória terá produzido efeitos, agora irradiados da sentença.

Não haverá, portanto, no mundo jurídico, pronunciamento provisório a ser reapreciado preliminarmente em sede de apelação (art. 523, § 1º do CPC).

Por outro lado, na hipótese de o pedido ser julgado improcedente, a interposição de apelação não irá ressuscitar⁷ a decisão (provisória) então cassada, ao argumento de que o recurso deve ser recebido no duplo efeito, sob pena de a cognição exauriente ser preterida em proveito da sumária⁸.

Apoiado no que se acaba de dizer, sustenta-se que, no âmbito das medidas satisfativas e cautelares, tão-só por meio de mandado de segurança poder-se-á combater a indevida e inconstitucional decisão conversiva.

Haverá aí peculiaridade digna de nota, por se tratar de questionamento de decisão jurisdicional⁹? É o que se passa a responder.

⁷ Nesse sentido, a lição de FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. I, p. 804-805.

⁸ Excepcionalmente, diante das peculiaridades do caso concreto, pode cogitar-se de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, ou, se preferir, de manutenção da decisão liminar (*rectius*: seus efeitos) até que se julgue a apelação, sob pena de o direito do autor perecer. A respeito, confira-se ARAÚJO. José Henrique Mouta. *Mandado de Segurança*. Atualizado com a lei n.º 12.016/09 que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 135-136.

⁹ Salvo melhor juízo, o fato de a nova lei que disciplina o procedimento do mandado de segurança estabelecer o cabimento do remédio constitucional de decisão judicial cujo recurso previsto em lei não seja dotado de efeito suspensivo não interfere no ponto (art. 5, inc. II da Lei n.º 12016/09). De fato, pois, o que autoriza a impetração é exatamente a irrecorribilidade do pronunciamento que converte o agravo, não a ausência de efeito suspensivo a recurso (inexistente, no caso). A respeito do cabimento de recursos (especial, extraordinário e mesmo o denominado agravo regimental), vide nosso artigo intitulado Eficácia Dúplice do direito de ação no âmbito recursal. *Revista Dialética de Direito Processual*. n 87. São Paulo: Dialética, jun. 2010.

3. Atributo específico do pronunciamento jurisdicional como pressuposto para o cabimento de mandado de segurança.

Em julgamento datado de 24 de setembro de 2008, a egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais rejeitou a tese versada no item anterior. Cuidava o caso de impetração originária para afastar decisão que convertera agravo de liminar que, em mandado de segurança, suspendera a exigibilidade de crédito tributário. A decisão¹⁰ se apoiou em 3 pontos, a saber: a) a regra agora é a interposição retida; b) não havia direito líquido e certo a ser tutelado, já que o caso demandava dilação probatória e; c) somente atos judiciais teratológicos desafiam mandado de segurança, não devendo este ser empregado como panacéia para todos os males e muito menos como sucedâneo recursal¹¹.

Haja vista que interessa de perto ao artigo o item c), examinam-se em rápidas passadas os dois primeiros pontos.

Quanto ao primeiro fundamento, concluiu-se que bastaria a reiteração das razões de agravo no momento oportuno, pois a regra agora é a interposição retida. Ora, considerando-se que a decisão liminar (provisória) deixaria de ter existência jurídica com a decisão final (sentença), não haveria objeto¹² ao recurso de agravo então convertido. Ou seja, a conversão acabou por tornar inócuo o recurso sem que o mérito recursal¹³ houvesse sido julgado¹⁴. Sobre o ponto, registra-se trecho do voto vencido

¹⁰ Por maioria de votos, denegou-se o pedido (autos n.º 1.0000.07.463986-5/000). Acórdão publicado em 05 de dezembro de 2008, Rel. Des. Brandão Teixeira. Em recente decisão, no julgamento de apelação, o egrégio TJMG reformou a sentença proferida nos autos em que ocorrera o deferimento de liminar e, com isso, afastou a suspensão de exigibilidade do crédito tributário (autos n.º 1.0313.07.230270-3/003, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Nepomuceno Silva, Dje 12/01/2010).

¹¹ Em decisão proferida pela Corte Especial do STJ (RMS 25934, j. 27/09/2008, DJ 09/02/2009, Rel. Min. Nancy Andrighi), rejeitou-se expressamente a tese de que o emprego do mandado de segurança para afastar a conversão corresponderia a utilizá-lo como sucedâneo recursal. Precisamente porque irrecurável a decisão conversiva.

¹² Ao propósito, consulte-se recente decisão da egrégia 3ª Câmara Cível do TJMG, que recebeu a seguinte ementa: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR - JULGAMENTO DO MÉRITO - PERDA DO OBJETO DO RECURSO. Proferida a sentença nos autos do mandado de segurança na primeira instância, o recurso de agravo de instrumento que visava à cassação da liminar, perde o objeto. Acolhe-se a preliminar de perda de objeto suscitada pela Procuradoria de Justiça. Recurso prejudicado. Autos n.º: 1.0313.09.289725-2/001, Rel. Des. Kildare Carvalho, j. 08/04/2010, DJe 16/04/2010.

¹³ Sobre o tema, consulte-se ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a lei do agravo (lei 11.187/2005). São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 459.

¹⁴ Não se pode deixar de registrar que, no julgamento do mandado de segurança (autos n.º 1.0000.07.463986-5), citou-se ementa de acórdão que fora proferido antes da entrada em vigor da lei n.º 11.187/05. Ou seja, quando ainda passível de recurso (agravo inominado) a decisão de conversão do agravo de instrumento. Por fim, registra-se que a posição da eminente jurista Tereza Arruda Alvim Wambier, citada na decisão, é diametralmente oposta à que prevaleceu no julgamento do *mandamus*. Além da obra citada em nota de rodapé anterior, o posicionamento da autora pode ser lido em

proferido pelo eminente Desembargador Moreira Diniz, que, ao tratar do tema, ponderou:

“Já fui vencido nesta matéria, na 4ª Câmara Cível, porque entendia que cabia agravo contra essa decisão. Salvo se houve alteração do Código de Processo Civil, no último ano, continua não cabendo. Neste caso, é uma decisão que diz respeito a uma liminar, então, não vejo como aplicar a legislação recente, que estabelece que, salvo casos de comprovado risco de dano grave, irreparável ou de difícil reparação, o agravo será retido. Quando se trata de decisões que negam ou concedem liminares, é possível o agravo de instrumento, porque, senão, seria inútil agravar, já que se a decisão é a respeito da liminar e vai se aguardar o julgamento definitivo da ação, para somente no preâmbulo do julgamento da apelação examinar um agravo contra decisão que concedeu ou que negou a liminar, esse agravo estará vencido, terá perdido seu objeto. Então, seria a lei transformar em irrecurável uma decisão que ela própria diz que é recorrível. Entendo que não cabe agravo contra decisão de relator que converte o agravo de instrumento em retido e, por isso, é cabível o mandado de segurança. E em sendo cabível o mandado de segurança, entendo que a parte tem o direito líquido e certo de ver a questão da liminar em agravo de instrumento ser examinada. Não é possível exigir que ela aguarde a sentença até o final. As coisas são incompatíveis e não é questão, aqui, de dizer se existe ou não crédito Tributário, se existe razoabilidade na alegação. Isto é mérito do agravo de instrumento”.

Ainda quanto ao regime de agravo de decisão liminar em mandado de segurança, pede-se licença para transcrever trecho de recente artigo, escrito¹⁵ já sob a égide da lei n.º 12.016/09, no qual se pontuou que:

“Poder-se-ia dizer que o recurso de agravo de instrumento convive com a possibilidade de conversão. 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 C.P.C.) deve,

estudo denominado “O recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal”. In: _____. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson (coord.). *Processo e Constituição - Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

¹⁵ SOARES, Leonardo Oliveira. Recurso de agravo em mandado de segurança/ mudou-se alguma coisa? *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. n. 63. São Paulo, jan.-fev., 2010, p. 78.

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, inc. III, § 3º, da lei n.º 12.016/09)”.

No que toca à necessidade de dilação probatória, basta dizer que o dano processual irreparável encontrava-se materializado e provado na cópia reprográfica acostada à inicial do mandado de segurança da decisão irrecurável que convertera o agravo.

No entanto, e aí reside o tema central do texto, merece análise a diferenciação vislumbrada entre o conteúdo dos atos praticados pelos Poderes (*rectius*: funções) da República Federativa do Brasil.

Explica-se. Decidiu a Corte Estadual que “em relação aos atos judiciais, o uso deste remédio processual é mais restrito, porque exige que o ato ou decisão sejam teratológicos.” Verdade seja dita que há também decisões¹⁶ nesse sentido proferidas pelo STJ, de que é exemplo a que recebeu a ementa abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO: ART. 527, II, DO CPC – DESCABIMENTO – DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA.

1. O agravo de instrumento pode ficar retido, por ordem do relator, salvo a hipótese de causar à parte dano de difícil reparação (art.527, II, CPC).

2. Contra a decisão que converte o agravo de instrumento na modalidade retida não cabe qualquer recurso, o que autoriza o manejo do mandado de segurança, nos termos da Súmula 267/STF.

3. Por ser ato judicial, a jurisprudência entende que se deve cumular a esta condição (irrecorribilidade da decisão) a qualidade teratológica do ato, restringindo-se a função recursal anômala do mandado de segurança. Precedentes.

4. Decisão, na espécie, que não se mostra teratológica.

¹⁶ No mesmo sentido, AgRg no RMS 25.181/ES, Rel. Min. Humberto Martins, 2.^a TURMA, j. 26/08/2008, DJe 18/09/2008, AgRg no RMS 24.064/BA, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.^a Turma, j. 12/06/2008, DJe 15/09/2008.

5. Recurso ordinário não provido. (RMS 26.800/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma, j. 21/10/2008, DJe 21/11/2008).

Mais recentemente, entretanto, em decisão proferida pela colenda 3.ª Turma daquele Tribunal, qualificou-se como teratológica precisamente a decisão conversiva em se tratando de agravo de decisão liminar. Eis a ementa da decisão:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO. RECURSO TIRADO CONTRA DECISÃO LIMINAR EM MEDIDA CAUTELAR. PROCESSAMENTO. NECESSIDADE.

- Em se tratando de decisões liminares ou antecipatórias da tutela, o agravo contra elas interposto deve ser, obrigatoriamente, de instrumento. Dada a urgência dessas medidas e os sensíveis efeitos produzidos na esfera de direitos e interesses das partes, não haveria interesse em se aguardar o julgamento da apelação. Precedentes.

- O pedido de reconsideração não é requisito indispensável à impetração de mandado de segurança contra decisão unipessoal de Relator que converte agravo de instrumento em retido. O pedido de reconsideração não tem, na hipótese do art. 527, parágrafo único, do CPC, natureza recursal. A possibilidade de haver retratação pelo Relator indica apenas que a legislação afastou a preclusão pro judicato. Na realidade, o pedido de reconsideração constitui simples decorrência lógica do sistema de preclusões processuais. Precedentes.

- Na espécie o perigo de dano a justificar o cabimento do agravo por instrumento não se confunde com o perigo de dano necessário à impetração do mandado de segurança. O prejuízo analisado neste processo, e daí a teratologia da decisão proferida pelo Relator na origem, decorre da própria retenção do agravo e do dano decorrente da sua não apreciação imediata pelo TRF da 2ª Região, sobretudo diante do esvaziamento da prestação jurisdicional. Agravo não provido. (AgRg no RMS 27.605/RJ, Rel. Mi. NANCY ANDRIGHI, 3.ª Turma, j. 19/11/2009, DJe 17/12/2009). (sem grifos no original)

Pois bem. Sem embargo da autoridade dos membros das egrégias Cortes Estadual e Superior aludidas, o pressuposto constitucional¹⁷ (um dos) para a impetração

¹⁷ Aroldo Plínio Gonçalves subdivide em 3 classes os pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança: a) constitucionais, b) previstos no C.P.C. e c) estatuídos em lei especial. No entender do ilustre jurista, apenas quando o ato processual irradiar efeito extraprocessual será cabível a impetração. A delimitação, entretanto, leva em conta que os atos cujos efeitos não extrapolem o processo devem ser combatidos pelos recursos estabelecidos em lei. Pontuada a irrecorribilidade da decisão de conversão, não

do mandado de segurança reside na afirmação de ilegalidade¹⁸ do ato praticado, pouco importa o Poder de que emanado.

Com efeito, não prevê a lei maior senão remédio constitucional único para afastar ilegalidades eventualmente cometidas, quer sejam teratológicas, quer não.

Afirmar o contrário equivale a criar diferenciação incompatível com o também constitucional princípio da separação dos poderes, já que, em nome do equilíbrio entre os mesmos, deverá haver igualdade de condições (na via mandamental) para controle de seus respectivos atos.

Até porque, convenhamos, exatamente quem recebeu da Lei Maior a incumbência de apreciar, em definitivo, a alegação de existência de lesão ou ameaça a direito¹⁹ deve se apresentar como o primeiro interessado em que tal mister se realize nos termos da lei.

E não é demais repetir que será ilegal a decisão irrecorrível (ressalva feita aos embargos declaratórios²⁰) que converte recurso previsto em lei, reservando a apreciação do mérito recursal para fase futura, porém, sem utilidade prática.

De fato, pois, conforme se escreveu noutro estudo²¹:

“Sabe-se que a decisão antecipatória (seus efeitos) persistirá até que se profira a sentença. Daí em diante, os efeitos ou serão irradiados da sentença, ou deixarão de existir, caso haja julgamento de improcedência do pedido ou mesmo pela extinção do procedimento em 1º grau de jurisdição sem resolução de mérito. Num caso e noutro, ressalta-se, dado o caráter substitutivo da sentença.

haverá outro remédio, senão o *mandamus* para afastar a ilegalidade, nada obstante a produção de efeito intraprocessual. Pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança e condições de seu exercício contra ato judicial. In: *Estudos em Memória de Luiz Machado Guimarães*, cit., p. 61 e ss.

¹⁸ A ilegalidade ora versada consiste precisamente na decisão inconstitucional que torna sem objeto o recurso de agravo.

¹⁹ Consoante estatui o art. 5º, XXXV da CF/88 “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Haja vista que nem sempre o pedido formulado pelo autor será julgado procedente, melhor se nos afigura dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a “alegação” de lesão ou ameaça a direito. Apreciação que, decerto, haverá de ocorrer segundo as normas processuais e materiais vigentes. Nesse sentido, vide GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. p. 175-177.

²⁰ Na sempre respeitável lição de BARBOSA MOREIRA, toda decisão judicial desafia embargos declaratórios, ainda que o texto legal a rotule de irrecorrível. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. V, p. 549-500.

²¹ SOARES. Leonardo Oliveira. Tutela antecipada e o duplo grau de jurisdição no Estado de Direito transnacional. *Direito Público. Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, jan./dez. 2010. vol. VII, p. 138.

Assim, o único modo de compatibilizar a irrecorribilidade ora versada com o princípio do duplo grau de jurisdição consistirá em não admiti-la, toda que vez que isso acarretar inutilidade da interposição pela perda de objeto.

Dito de outra maneira, o legislador não incidiu no paradoxo de estatuir recurso sem objeto.

A incompatibilidade com o devido processo legal será, portanto, antes da decisão de conversão que da norma que lhe serve de fundamento”.

Em síntese, não será, em absoluto, a maior ou menor intensidade da ilegalidade combatida que levará ao cabimento do *mandamus*.

Para finalizar, vale recordar insuperável lição doutrinária ao propósito da (suposta) utilização indiscriminada do mandado de segurança²²:

“Esse preconceito, como em geral acontece, tem sua razão de ser, porque realmente não se pode fazer do mandado o sucedâneo dos recursos previstos em lei. Mas como todo preconceito, ele acaba por exceder os limites adequados e por atuar onde não deveria.

Realmente onde a lei processual previr um recurso e este for adequado para evitar a lesão de direito da parte, não há razão para se pensar em deixar de usá-lo e lançar mão do mandado de segurança.

Mas, quando o recurso previsto em lei não se mostrar apto a evitar a lesão do direito e o conseqüente dano, é legal, constitucional e jurídico que o indivíduo procure no arsenal do direito um outro meio que impeça o perecimento do direito e o dano ao seu patrimônio. E esse outro meio pode perfeitamente ser o mandado de segurança.

Quando, em uma hipótese como essa, nega-se o mandado de segurança e se deixa ao desamparo o direito e o patrimônio do indivíduo, o preconceito terá excedido seu correto limite e merece censura”.

Retome-se a análise da r. decisão da Corte Estadual.

Substitua a ausência de recurso adequado pela inexistência mesma de recurso e restará evidenciado, com o mais absoluto respeito, que se incidiu no excesso apontado na lição doutrinária ora transcrita.

²² BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 11. ed. rev. e atual. por Bernardo Pimentel Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 107-108.

A partir dessas considerações, deve entender-se que decisão interlocutória sobre medida de urgência (antecipatória, cautelar) desafiará tão-só recurso de agravo de instrumento.

No caso, e em primeiro plano, o dano irreparável²³, de natureza constitucional/processual, consistirá na irrecorribilidade da decisão por meio de que se converte o recurso, reservando o exame do mérito recursal para fase inexistente.

4. Ainda sobre o atributo específico do ato jurisdicional.

O fundamento central do presente texto para refutar a construção pretoriana atinente ao cabimento do mandado de segurança contra ato judicial é de ordem constitucional.

De fato, pois nem o dispositivo que versa a ação mandamental (art. 5º, LXIX da CF/88), nem o que contempla o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) reclama a presença de teratologia do pronunciamento para, aí sim, admitir-se a impetração.

No entanto, ao condicionar-se o cabimento do *mandamus* ao conteúdo aberrante da decisão jurisdicional, acaba-se, inequivocamente, por incidir em duplo engano.

Com efeito, pois em todo e qualquer processo a análise do pedido (no caso, o exame da afirmação de que o pronunciamento judicial padece de ilegalidade) apenas poderá ser levada a cabo após prévio juízo positivo, seja quanto às condições da ação, seja quanto aos pressupostos processuais²⁴.

Tal constatação, a rigor, não apresenta sabor algum de novidade. Afinal, no direito, como de resto na vida, não se pode (*rectius*: não se deve) colocar o carro na frente dos bois.

Em suma, a maior ou menor intensidade da ilegalidade da decisão situa-se no plano do mérito que, insista-se, somente será apreciado se, em primeiro lugar, restar assentado o cabimento do mandado de segurança.

²³ Ou seja, sempre haverá dano processual (irrecorribilidade da decisão) e, a rigor, ao devido processual legal, o que bastará para que não se proceda à conversão ora combatida. Em julgamento de agravo regimental (autos n.º 1.0000.06.440658-0/001), a egrégia Corte Superior do TJMG decidiu, por maioria de votos, pelo cabimento de mandado de segurança originário de decisão que determinara conversão de agravo de liminar proferida em ação possessória. Condiçãoou-se, entretanto, o cabimento do *mandamus* ao fato de que a decisão interlocutória seria passível de causar lesão grave ou de difícil reparação a direito material.

²⁴ Nesse sentido, JUZINSKAS, Leonardo Gonçalves. A sobrevivência do mandado de segurança contra decisões judiciais e o devido processo legal. *RePro* 198/290-291, ago. 2011.

Com essa assertiva, enfatiza-se, outra coisa não se busca senão explicitar, agora no plano infraconstitucional, a conclusão a que antes se chegou sob as luzes da Lei Maior, qual seja, afigura-se de todo inaceitável associar o “cabimento” do mandado de segurança contra ato judicial ao conteúdo do respectivo ato.

5. Conclusões.

No Estado Democrático de Direito brasileiro, a afirmação de ilegalidade (teratológica ou não) do pronunciamento irrecorrível que converte recurso, reservando a apreciação das teses recursais para etapa futura, porém, inexistente, deve ser apreciada objetivamente, como matéria de mérito, no bojo de procedimento mandamental.

O problema, pontue-se, não residirá no emprego do *mandamus*, mas na conversão, salvo melhor juízo, incompatível com o princípio constitucional do devido processo legal.

Por outras palavras, e nos termos do que se deixou dito na introdução do artigo, o problema envolve antes a atividade do intérprete que o sistema normativo em vigor.

Finalmente, se a conclusão a que se chegou for verdadeira, não se poderá, senão ingenuamente, afirmar que a aprovação de novo CPC resolverá, como num passe de mágica, os muitos desdobramentos que a recorribilidade das decisões interlocutórias dá ensejo.

Referências Bibliográficas:

ARAÚJO. José Henrique Mouta. *Mandado de Segurança*. Atualizado com a lei n.º 12.016/09 que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a lei do agravo (lei 11.187/2005). São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____. O recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal. In: _____. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson (coord.). *Processo e Constituição - Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 11 ed. rev. e atual. por Bernardo Pimentel Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *Temas de Direito Processual - 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. V.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. I.

GONCALVES, Aroldo Plínio. Pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança e condições de seu exercício contra ato judicial. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos em Memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

SOARES, Leonardo Oliveira. O prazo prescricional das ações (pretensões indenizatórias) propostas contra o Poder Público do Estado Democrático de Direito brasileiro. *Revista de Processo*. vol. 195. São Paulo: Ed. RT, maio 2011.

_____. 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.

_____. Recurso de agravo em mandado de segurança/ mudou-se alguma coisa? *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. n 63. São Paulo, jan.-fev. 2010.

_____. Tutela antecipada e o duplo grau de jurisdição no Estado de Direito transnacional. *Direito Público. Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, jan./dez. 2010. vol. VII.

JUZINSKAS, Leonardo Gonçalves. A sobrevivência do mandado de segurança contra decisões judiciais e o devido processo legal. *Revista de Processo*. vol. 198. São Paulo: Ed. RT, ago. 2011.