

Mandado de Segurança: A Comprovação dos Fatos Como Pressuposto Específico de Admissibilidade do Writ

HELICIO ALVES DE ASSUMPTÃO*

1. Constitui ponto pacífico na doutrina, aceito correntemente nos tribunais, que o mandado de segurança tem a natureza jurídica de uma ação, por meio da qual se instaura um processo, no qual exerce o juiz sua função típica, de exercer jurisdição.

Trata-se, o mandado de segurança, naturalmente, de ação que - tanto na, por assim dizer, sua primeira e primordial etapa, em que se busca a formulação da norma jurídica concreta aplicável à situação deduzida em juízo, quanto na sua fase subsequente, em que, sendo necessário, se vai diligenciar no sentido de proporcionar ao titular do direito aquilo a que faz jus - segue rito especial, revestido de características próprias, que lhe dão feição peculiar, no confronto com as demais ações.

Em matéria de mandado de segurança, é sempre conveniente frisar que tais peculiaridades - que não apenas ele, mas, a rigor, qualquer ação de rito especial ostenta - não se mostram capazes de permitir, senão em alguns pontos específicos, que se desvie o *writ* do leito comum pelo qual transitam os institutos processuais, e não autorizam as tentativas, que freqüentemente surgem aqui ou ali, de, com boas intenções, mas com resultados em geral desastrosos, enfatizar exclusiva ou preponderantemente singularidades, e negligenciar aquilo que, no mandado de segurança, é absolutamente comum a ele e outras figuras processuais análogas, pertencentes a um gênero comum, cuja existência obviamente só se justifica à medida que se manifestem, entre as espécies, pontos de contacto.

É desta perspectiva que se pretende analisar aqui, sob um aspecto particular, a distinção, que no mandado de segurança injustificadamente às vezes se negligencia, ou se faz equivocadamente desaparecer, entre admissibilidade e mérito - que nele, todavia, como em qualquer ação, está presente, precisa ser rigorosamente observada e produz relevantíssimas conseqüências práticas.

Vai-se cuidar, especificamente, da distinção que, sutilmente talvez, se abriga sob a cláusula constitucional "direito líquido e certo."

2. Dispõe a Constituição Federal, no art. 5º, LXIX:

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

Na própria regra constitucional se encontram indubitavelmente indicados os pressupostos de admissibilidade do *writ*.

De sua leitura se extrai, v.g., que só se impugna por meio de mandado de segurança ato de autoridade, ainda que praticado por particular, mas desde que, neste caso, esteja no exercício de poder público; dela se infere, do mesmo modo, que a área dentro da qual o mandado de segurança está destinado a atuar se define até certo ponto por exclusão: por meio dele, protegem-se de atos de autoridade quaisquer direitos subjetivos, desde que não se trate dos que a própria Constituição tutela através de *habeas corpus* e *habeas data*.

No ponto que aqui interessa considerar, dispõe a Carta Federal que se protege através de mandado de segurança “direito líquido e certo.”

3. Não foram poucas, e não se encontram ainda hoje inteira e absolutamente pacificadas, no mais de meio século de existência do instituto entre nós, as opiniões a respeito do significado que deva atribuir-se à expressão “direito líquido e certo.”⁽¹⁾

Trata-se de questão que aqui não se mostra possível analisar *ex professo*, bastando registrar, para os fins a que se destina este trabalho, que se resolve correta e predominantemente no sentido de que “direito líquido e certo” equivale a direito subjetivo que se mostra, no processo, derivado de fatos certos, comprováveis e comprovados de plano, através de prova documental inequívoca - que o impetrante juntará, em princípio, à inicial⁽²⁾ -, independentemente da utilização de qualquer outro meio instrutório.

É o entendimento sustentado, já em 1936, no julgamento, no Supremo Tribunal Federal, do Mandado de Segurança 333, pelo eminente Ministro Costa Manso, em palavras que merecem reprodução:

“O direito subjetivo, o direito da parte, é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la, e com o silêncio, a obscuridade, a indecisão dela não se exime o juiz de sentenciar ou despachar... O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter mandado de segurança.”⁽³⁾

O ponto de vista está sufragado quase pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência.⁽⁴⁾

(1) A fórmula foi enunciada pela primeira vez na Carta de 1946, e mantida a partir daí; na Constituição de 1934, que introduziu o mandado de segurança no direito brasileiro, falava-se em “direito certo e incontestável” e exigia-se que a ilegalidade do ato de autoridade fosse manifesta.

(2) Não se exclui que o documento necessário à comprovação do fato se ache em poder de órgão público, caso em que o juiz o requisitará: Lei 1533/51, art. 6º, par. único.

(3) *Apud* Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1993, pp. 57/8.

(4) Uma extensa resenha doutrinária e jurisprudencial sobre a questão é feita por Sérgio Ferraz, *Mandado de Segurança*, São Paulo, 1992, pp. 18 e segs.; no sentido exposto no texto, arrola o A. a imensa maioria dos juristas e tribunais pátrios. Merece destaque a lição de Celso Agrícola Barbi - que arrola a existência de direito líquido e certo como condição do mandado de segurança porque adota a teoria da ação de Chiovenda: “O conceito de liquidez e certeza é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental...” (*ob. cit.*, pp. 55 e segs.)

Para que se componha, portanto, o conceito de “liquidez e certeza”, na opinião prevalecente, é necessário e suficiente que a situação de fato de que decorre o direito subjetivo do autor seja certa, nos termos indicados, não descaracterizando a “liquidez e certeza” a circunstância de, uma vez provada, envolver complexidade a respectiva análise, ou de demandar, o reconhecimento do direito, o exame, pelo juiz, de *quaestio iuris* intrincada, por mais grave que seja.

Talvez seja lícito acrescentar que certo deve ser não apenas o fato em que se apóia o direito subjetivo alegado pelo impetrante, mas todos aqueles cuja constatação se faça necessária para o acolhimento do pedido, aí incluídos os que se relacionem com a ilegalidade da conduta do impetrado: no mandado de segurança, qualquer deficiência na prova se resolve contra o impetrante, não tendo aplicação, no *writ*, as regras de distribuição de ônus da prova estabelecidas na lei processual.⁽⁵⁾

É deste pressuposto que se vai aqui partir: no mandado de segurança, ao estabelecer a necessidade de ser o direito do impetrante “líquido e certo”, exige a Constituição Federal, e na sua esteira, a Lei 1533/51, sejam certos todos os fatos relevantes para o julgamento do pedido, o que se dará se forem eles demonstráveis e estiverem efetivamente demonstrados nos autos através de prova documental inequívoca, por si só suficiente para formar a convicção do juiz, sem necessidade da produção de qualquer outro meio de prova, que no mandado de segurança não se admite.

4. Antes de passar adiante, e enfrentar o tema proposto, cumpre abrir, a esta altura, breves parênteses, para esclarecer, embora sumariamente, conceitos que se empregaram e que se vão continuar a utilizar adiante.

A ação⁽⁶⁾ tem na demanda o ato pelo qual se inicia o respectivo exercício.⁽⁷⁾

Submete-se, a demanda - como todo e qualquer ato postulatório -, a uma dupla verificação, ou a um duplo exame, ou a um duplo juízo.⁽⁸⁾

Antes de mais nada, faz-se mister verificar se a demanda é admissível, isto é, se preenche os requisitos previstos em lei para que possa chegar-se ao exame do que se pleiteia.

⁽⁵⁾ Aliás, além da certeza dos fatos constitutivos do direito e dos indicadores da conduta ilegal, pesa sobre o impetrante o ônus de fazer prova de estarem presentes os pressupostos processuais e as demais condições da ação; também a este respeito, deficiência insanável, se respeitante à matéria de fato, deve resolver-se contra o impetrante; poderia exemplificar-se com dúvida sobre a tempestividade da impetração.

⁽⁶⁾ O termo “ação” se adota aqui como o exercício concreto do direito de ação em face de determinada situação da vida.

⁽⁷⁾ José Carlos Barbosa Moreira, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 16ª ed., 1994, p. 11.

⁽⁸⁾ Evidentemente, não está sendo olvidado no texto que, antes de examinar a admissibilidade da demanda, se faz necessário verificar a *regularidade do próprio processo*, em análise que pode culminar também com a respectiva extinção sem julgamento do mérito. O fenômeno não apresenta, porém, qualquer peculiaridade que mereça registro no mandado de segurança, e não é dele que se está tratando. Daí a omissão.

Estando ausente um, ou mais de um requisito, o pedido pura e simplesmente não se examina, e o processo se extingue sem julgamento do mérito, em fenômeno a que se dá imprópria, mas tradicionalmente, o nome de “carência de ação.”

Ao exame do pedido se vai chegar apenas na hipótese de estarem presentes todos os requisitos de admissibilidade; neste caso, e só nele, caberá ao juiz verificar se o pedido é ou não fundado, para o efeito de, conforme o caso, julgá-lo procedente ou improcedente. ⁽⁹⁾

Na doutrina das ações - quer na concepção que as define como o exercício de um direito abstrato, quer na que nelas identifica o direito a um pronunciamento sobre o mérito, cuja existência, numa e noutra hipótese, não depende de que o autor tenha razão -, a tais requisitos de admissibilidade da demanda se dá o nome de condições da ação.

5. Lavra, como é notório, intensa controvérsia a respeito da natureza da ação.

Trata-se de disputa de que aqui não haveria razão para cuidar-se extensamente. Basta registrar que, como é sabido, as correntes que se formaram na doutrina, com os olhos postos no processo de conhecimento, oscilam entre a concepção da ação como direito a uma sentença favorável, como direito a uma sentença de mérito, favorável ou não, ou como o direito a uma sentença, ainda que não respeitante ao *meritum causae*. ⁽¹⁰⁾

Manifestam-se divergências, do mesmo modo, a respeito das condições da ação.

O dissenso, aqui, surge em mais de um aspecto. Há quem pura e simplesmente negue a existência de condições da ação, ancorando-se sobretudo na concepção do direito de ação como direito abstrato, com a qual as condições da ação seriam inconciliáveis; entre os que admitem a categoria, não existe acordo sobre o que sejam, havendo, por outro lado, divergências a respeito de quais as espécies que integram o respectivo elenco; sem negar a categoria, existe quem, em âmbito mais modesto, lhes reduza o número, para excluir do rol espécies que nele habitualmente se inserem.

Trata-se, aliás, de disputas que, em grande parte, simplesmente refletem as diferentes concepções a respeito do conceito e das características do direito de ação.

Na controvérsia, de qualquer sorte, tomou decidido partido o Código de Pro-

⁽⁹⁾ J. Goldschmidt, *Principios Generalis del Proceso*, I, Buenos Aires, 1961, pp. 120/6: “Con respecto a cada petición hay que examinar, en primer lugar, si es admisible (...). Una petición es admisible cuando satisface las condiciones de las cuales depende la averiguación de su contenido (...). Como la admisibilidad de una petición es su calidad de satisfacer las condiciones de las cuales depende la averiguación de su contenido es natural que la admisibilidad ha de comprobarse antes de examinar se la petición es fundada (...). En la petición admisible, hay que examinar su contenido (...). Una petición admisible es fundada cuando por su contenido es apropiada para obtener la resolución judicial pretendida.”

⁽¹⁰⁾ Deixa-se de mencionar no texto, por estar à evidência irrecuperavelmente ultrapassada, a teoria civilista ou imanetista da ação, que nela identificava um aspecto do direito subjetivo material, ou um acessório seu.

cesso Civil: encampou, ao que tudo indica, a doutrina abstrata da ação ⁽¹¹⁾; reconheceu de modo absolutamente inocultável a existência de condições da ação, que compõem, entre a regularidade do processo e o mérito, categoria própria de questões, sobre as quais tem de manifestar-se o juiz; situou-as claramente em plano distinto ao do *meritum causae*, e a ele preliminar; e até mesmo as enumerou, referindo-se, em texto que sugere claramente tratar-se de elenco não exaustivo (art. 267, VI), à legitimidade das partes, ao interesse processual e à possibilidade jurídica do pedido.

Talvez não se mostre a esta altura inútil, sem a pretensão de esgotar a matéria, deixar assinalado que, diferentemente do que às vezes se declara, não existe incompatibilidade irremediável entre o reconhecimento de condições da ação e a teoria abstrata da ação, que está adotada pelo estatuto processual e é justificadamente predominante hoje em doutrina.

A tarefa de harmonizar a existência de condições da ação com a idéia de que a ação constitui exercício de direito, que se tem independentemente do resultado que vai provocar *in concreto*, não se mostra impossível, desde que se considere que não se trata de condições cuja presença condicione a existência da ação, mas a legitimidade de seu exercício no caso concreto ⁽¹²⁾; estando elas presentes, a demanda será admissível, e o pedido poderá ser julgado - pouco importa se procedente ou improcedente; estando ausentes, uma ou mais de uma, a demanda será inadmissível e, embora existente a ação, vai terminar ela necessariamente com a extinção do processo sem julgamento do pedido, a cujo respeito nada dirá o juiz, abstendo-se pura e simplesmente de afirmar que o autor tem, ou não tem, razão.

6. No Código de Processo Civil, portanto, a admissibilidade da ação está subordinada à presença de, pelo menos, três condições: a legitimidade, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.

Pode dizer-se que são estas as condições que se exigem sempre, em todos os casos, para a admissibilidade da demanda - seriam condições genéricas. ⁽¹³⁾

Nada impede, porém, que, ao lado delas, a lei imponha outras, exigíveis apenas em determinados casos - condições específicas ⁽¹⁴⁾ da ação -, como insinua, como já se assinalou, o art. 267, VI, do estatuto processual.

⁽¹¹⁾ Convém registrar que, a rigor, a concepção de Liebman, a que tantas vezes se declara inteiramente filiado o CPC, não corresponde exatamente ao que se convencionou chamar de teoria abstrata; no entendimento do mestre peninsular, a existência da ação estaria subordinada à concorrência das condições, que constituiriam condições necessárias para o julgamento do mérito de onde seria lícito supor que, adotadas as premissas, não haveria ação toda vez que faltasse uma das condições, e se ultimasse o processo sem exame do mérito. "Esse sono" - assinala Liebman, com referência às condições da ação - "come già accennato, i requisiti de esistenza dell'azione, e vanno perciò accertate in giudizio (anche se, di solito, per implicito), preliminarmente all'esame del merito. Solo se ricorrono queste condizioni può considerarsi esistente l'azione e sorge per il giudice la necessità di provvedere sulla domanda, per accoglierla o respingerla" (*Manuale di Diritto Processuale Civile*, I, 4ª ed., Milão, 1980, p. 135).

⁽¹²⁾ José Carlos Barbosa Moreira, *ob. cit.*, p. 29.

⁽¹³⁾ Talvez convenha assinalar que, a rigor, ao lado destas, deva incluir-se a ausência de perempção, litispendência, coisa julgada e compromisso arbitral - categorias cuja natureza, conteúdo, no particular, é objeto de disputa.

⁽¹⁴⁾ José Carlos Barbosa Moreira, *ob. cit.*, pp. 29/30.

O reconhecimento de que existem condições específicas, que convivem com as genéricas, sem nelas necessariamente precisarem ser enquadradas, poupa o trabalho em que se empenha por vezes a doutrina, procurando ajustar, à força, certas exigências legais numa ou noutra categoria genérica, com resultados em geral disutiáveis, pouco animadores e destituídos de qualquer repercussão prática.

Trata-se de requisitos exigidos em certas hipóteses, e não em todas.

Mais de um exemplo poderia, a respeito, ser formulado: o pagamento de custas e honorários no caso de repropor-se ação, quando o processo anterior se extinguiu por abandono da causa; a autorização judicial para que o curador de incapaz proponha ações em nome deste último; a autorização do cônjuge para a propositura de certas ações; a realização de depósito de determinada quantia para intentar-se ação rescisória.

Em todas estas hipóteses, na ausência da exigência legal, o desfecho do processo é o mesmo que se verifica quando falta uma condição genérica: a demanda é inadmissível, e, por isto, o feito vai extinguir-se sem julgamento do mérito, por “carência de ação.”

7. Com estas considerações, pode retomar-se o fio da exposição e voltar ao tema proposto: o mandado de segurança constitui ação, inicia-se com a demanda - *rectius*: com o ajuizamento da demanda -, tem sua admissibilidade subordinada a condições, que vão permitir, ou não, o exame do pedido.

Há, no mandado de segurança, condições genéricas, que não diferem das que precisam estar presentes em qualquer ação: legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.

Mas existem também condições específicas.

Na falta de umas ou de outras, o resultado não difere: extingue-se o mandado de segurança sem julgamento do mérito, declarando-se o impetrante “carecedor de ação.”

Na presença das condições, genéricas e específicas, o mérito do mandado de segurança pode e deve ser julgado, e aqui, como em geral acontece, a existência das condições, que são questões preliminares, não antecipa o conteúdo do julgamento, podendo ocorrer, conforme o caso, que se acolha ou se julgue procedente o pedido, ou que se rejeite ou se julgue improcedente o pedido.

8. A distinção entre o juízo de admissibilidade e o de mérito se identifica com facilidade em mais de um tópico no mandado de segurança.

Não apresenta ela qualquer dificuldade quando o juiz entende que a impetração se dirige em face de autoridade que não tem legitimidade passiva *ad causam* para figurar como coatora no processo - porque, por exemplo, não praticou, nem determinou fosse praticado o ato impugnado -, ou que falta interesse processual - porque, por exemplo, o impetrante já obteve, na esfera administrativa, o resultado que pretende no *writ* -, ou que o pedido é juridicamente impossível - como pode acontecer quando o mandado de segurança se impetra desenganadamente para obter em tese a declaração de invalidade de atos normativos insuscetíveis, por si sós, de afetar a esfera jurídica das pessoas.

Ninguém duvidaria de que, em tais hipóteses, ao juiz não é dado senão extinguir o processo sem julgamento do mérito, por ser inadmissível o mandado de segurança.

A mesma facilidade na diferenciação entre admissibilidade e mérito se manifesta em relação a dois dos pressupostos a que alude o dispositivo que trata do mandado de segurança na Constituição Federal.

Não é suscetível de despertar qualquer perplexidade, com efeito, o que deve fazer o juiz se se impetra mandado de segurança contra ato praticado por particular, não investido de poder público, ou se se pretende, através do *writ*, proteger, em si mesma, a liberdade de locomoção, ou o direito à obtenção e à retificação de informações constantes de bancos de dados pertencentes a entidades governamentais, ou instituições “de caráter público”: extinguir o processo sem julgamento do mérito, por carência de ação.

9. O mesmo deve dizer-se em relação a uma das condições do mandado de segurança, específica, não prevista no texto constitucional, a respeito de cuja natureza não parece haver dúvida possível: a concernente à necessidade de o *writ* ser impetrado dentro de determinado prazo, contado da ciência do ato impugnado - art. 18 da Lei 1533/51.⁽¹⁵⁾

Se a impetração se dá tempestivamente, o mérito se julga, sem que daí se extraia qualquer conclusão sobre o teor do julgamento; se ocorre intempestivamente, o mérito não é julgado, e, sem isto, o processo se extingue, por “carência de ação.”

Neste ponto, cumpre ter presente uma observação para afastar dúvidas.

É que o fenômeno costuma caracterizar-se como “decadência.”⁽¹⁶⁾

Não se trata, contudo, da decadência a que se refere o CPC no art. 269, IV - que constitui instituto de direito material, que fulmina, pela inércia, o direito de que seja titular o autor, configura fundamento de decisão de mérito, apta a produzir coisa julgada material, impeditiva, por isto mesmo, de que a mesma causa - independentemente do rótulo ou do procedimento que se lhe dê - venha novamente a ser apreciada em juízo.

Não é isto que ocorre no mandado de segurança, quando se verifica a “decadência” decorrente do art. 18.

⁽¹⁵⁾ Não comporta exame aqui a discussão sobre se é constitucional o estabelecimento do prazo; veja-se, de qualquer modo, no sentido afirmativo, referência a acórdãos do STF e do STJ in Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil*, 25ª ed., São Paulo, 1994, p. 1121.

⁽¹⁶⁾ Para Alfredo Buzaid, não se trata, nem de prazo prescricional, nem de prazo decadencial, nem de prazo preclusivo, mas, simplesmente, de um prazo extintivo do direito de impetrar a segurança, tal como resulta, aliás, da letra do art. 18 da Lei 1533/51 (*Do Mandado de Segurança*, I, São Paulo, 1989, pp. 151/60). Registra o eminente processualista que os doutrinadores que afirmam tratar-se de decadência o fazem com a expressa ressalva de que o fenômeno se dá apenas no plano processual, inviabilizando tão-somente o emprego do *writ*, sem provocar, como a decadência, a perda do direito subjetivo material.

Ao declarar a “decadência”, prevista no aludido dispositivo legal, não está o órgão judicial a julgar o mérito do mandado; o que faz é algo diverso: afirma que, pelo transcurso do prazo legal de impetração, está extinto, como diz a Lei 1533/51, o direito do impetrante de ver apreciado, na via do mandado de segurança, o pedido, sem que ocorra julgamento do mérito, sem que se produza coisa julgada material, e sem que exsurja, conseqüentemente, obstáculo a que a mesma causa, sob rito diverso, seja novamente deduzida em juízo, e venha a ser livremente apreciada em outro processo.

Trata-se, portanto, de requisito necessário para que se possa apreciar o mérito do mandado de segurança; uma condição específica do mandado de segurança, cuja ausência acarreta extinção do processo sem julgamento do mérito, que não impede, por não envolver a formação de coisa julgada material, nova submissão da mesma causa, sob outro procedimento, comum, à apreciação judicial.

10. Esquema análogo, que permita a separação entre o que é admissibilidade e o que é mérito, pode e deve identificar-se na expressão “direito líquido e certo.”

É claro que, se os fatos são certos, e deles resultam o direito e a ilegalidade afirmados pelo impetrante, o caso é de julgar-se o mérito, concedendo-se a ordem impetrada. A existência de direito - “líquido e certo” - funciona aqui como pressuposto de procedência do *writ*.

Pode perfeitamente acontecer, todavia, de, embora os fatos narrados pelo autor autorizarem, em tese, o acolhimento do pedido - porque deles, a serem verdadeiros, exsurgiriam o direito e a ilegalidade alegados -, não serem eles certos, por não se acharem indubitavelmente demonstrados através do único meio de prova admissível no mandado de segurança, que é a prova documental.

Nestas circunstâncias, a ordem evidentemente não pode conceder-se.

Não seria lícito ao juiz declarar, contudo, que não existe o direito alegado pelo impetrante, ou que não é ilegal o comportamento da autoridade.

Se o pedido deixasse de ser acolhido sob tal fundamento, a decisão envolveria evidentemente o reconhecimento judicial de que não existe direito lesado ou ameaçado, e a pronúncia deste teor não poderia negar-se - pelo menos sem o emprego de malabarismos verbais ou lógicos - aptidão para reproduzir coisa julgada material, de sorte que estaria o impetrante impossibilitado de, em outro processo, em que empregasse provas das quais não pôde ou não quis fazer uso no mandado de segurança, obter o resultado que infrutiferamente tentou alcançar no *writ*.

Trata-se de conclusão manifestamente inconveniente, que se choça com a lei e a jurisprudência. ⁽¹⁷⁾

Não é difícil, contudo, afastá-la. Basta que se considere, na hipótese figurada, que às questões concernentes à efetiva existência do direito subjetivo e da ilegalidade

⁽¹⁷⁾ Lei 1533/51, art. 16; cabe notar que não é apenas o “pedido de mandado de segurança” que pode ser renovado - se ainda houver tempo para tanto: a causa, sob rito comum, é que pode ser novamente ajuizada, na hipótese de não ter ocorrido julgamento do mérito. Súmula da jurisprudência predominante do STF, n° 304; sobre o significado do verbete, cuja redação é ambígua, veja-se Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil*, 25ª ed., São Paulo, 1994, p. 1121.

de do comportamento atribuído ao impetrado pura e simplesmente não chegou o juiz: a falta de prova terá tornado inviável dizer se o impetrante tem ou não razão, e o processo, em tais circunstâncias, deve extinguir-se sem exame do mérito, em decisão que, pelo seu conteúdo, não constitui obstáculo a que a mesma causa seja novamente submetida à apreciação judicial. ⁽¹⁸⁾

Ao estatuir que o mandado de segurança se presta à proteção de “direito líquido e certo”, não estabelece a Carta da República, portanto, exigência que se possa conceber em bloco, nem exclusivamente como pressuposto de admissibilidade, nem apenas como pressuposto de procedência do pedido - e muito menos, convém salientar, como algo que seja , a um só tempo, uma e outra coisa, o que constituiria uma evidéntissima impossibilidade lógica e jurídica.

Na expressão “direito líquido e certo” conjugam-se, a rigor, dois elementos distintos, de diferente natureza, enquadráveis em categorias processuais diversas, que cumpre cuidadosamente separar.

O substantivo - “direito” - constitui requisito para que se conceda a segurança, situando-se, portanto, no mérito da causa; trata-se, a existência de direito subjetivo, de requisito de procedência do pedido. Não poderia, aliás, ser de outra forma: a existência do direito - além evidentemente da de ato ilegal, já praticado ou prestes a sê-lo - configura elemento cuja presença é necessária para que se acolha o pedido do impetrante, concedendo-lhe o mandado, e não poderia logicamente conceber-se a procedência do pedido como pressuposto de cabimento do *writ*.

Os adjetivos - “líquido e certo”-, cujo sentido acima foi assentado, configuram exigência que se põe em outro plano, no da admissibilidade do pedido, como questão a esta preliminar, sendo sua presença necessária para que se chegue ao julgamento do mérito, sem envolver qualquer antecipação sobre o conteúdo do julgamento.

Para que seja admissível o mandado de segurança, o que é imprescindível é que o suposto direito e a suposta ilegalidade, que o impetrante, na inicial, meramente alega, decorram de fatos que, no processo, se mostrem certos; a efetiva existência do direito subjetivo e da ilegalidade constituem pressupostos de procedência do pedido, a cujo exame só é lícito chegar se estiverem satisfeitos todos os requisitos de admissibilidade do *writ*.

Este requisito, relativo à comprovação dos fatos - não à efetiva existência do direito subjetivo afirmado pelo autor -, configura, também ele, condição específica

⁽¹⁸⁾ Talvez possa assemelhar-se, neste particular, o que, em tais circunstâncias, deve fazer o juiz no mandado de segurança ao que, diante de dúvida insanável, estava autorizado a fazer o juiz romano: pronunciar um *non liquet*; na lição de Scialoja: “El juez romano, si después de hacer cuanto le era posible para llegar a un convencimiento sobre la realidad de los hechos y sobre el derecho del actor o del demandado, no conseguía formarlo, tenía un medio para salir del paso, y era jurar sibi non liquere; esto es jurar que no había logrado formarse una segura opinión sobre la causa” (*Procedimiento Civil Romano*, trad. S. S. Melendo e Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, 1954, pp. 252/3). Não deixa, aliás, de ser curiosa, embora provavelmente casual, a identidade semântica entre o *liquere* romano e a liquidez exigida no mandado de segurança.

do mandado de segurança, cuja ausência vai acarretar o término do processo sem exame do mérito, e vai ensejar, conseqüentemente, porque a causa não foi julgada, a repropósito da ação, com a instauração de processo no qual se vai mostrar possível o julgamento do pedido, que lá não ocorrerá.

No mandado de segurança, em relação ao ponto de que ora se cogita, a um de três resultados pode, conseqüentemente, chegar-se:

a) os fatos não são certos, no sentido acima exposto; neste caso, falta pressuposto específico de admissibilidade do mandado de segurança, e o processo, por isto, deve extinguir-se sem julgamento do pedido, por “carência de ação”; é esta circunstância, e não qualquer outra, que justifica a não formação da coisa julgada material, e vai permitir que a mesma causa seja novamente submetida à apreciação judicial;

b) os fatos são certos, mas, ou deles não decorre o direito afirmado pelo autor, ou não exsurge a ilegalidade apontada no comportamento do impetrado; trata-se de situação na qual o mérito deve ser julgado, com improcedência do pedido, em decisão que se reveste de autoridade de coisa julgada, e impede, por isto, que a causa seja novamente ajuizada;

c) os fatos são certos, e deles deriva ter o autor o direito subjetivo que alega e estar presente a ilegalidade, que lesou ou ameaça de lesão o seu direito; o caso é de julgar-se procedente o pedido, concedendo-se a ordem.

A serem verdadeiras as considerações até aqui feitas, pode concluir-se que a locução “direito líquido e certo” abriga dois elementos distintos, de diferente natureza, que podem e devem ser separados ao apreciar-se o *writ*: a existência do direito alegado pelo impetrante constitui pressuposto de procedência do pedido, situado no mérito; a exigência de liquidez e certeza do direito - afirmado na inicial - configura pressuposto específico de admissibilidade do mandado de segurança, na ausência do qual o pedido sequer pode ser julgado.

11. Para encerrar a exposição, convém fazer duas observações.

Primo: a distinção feita entre admissibilidade e mérito, no que respeita à exigência de “direito líquido e certo”, não constitui apenas uma imposição teórica, derivada da necessidade de, no julgamento do mandado de segurança, ser observada técnica adequada, que respeite categorias assentadas na ciência processual - o que, por si só, já justificaria o empenho em preservá-la.

Dela derivam conseqüências práticas relevantes: uma, cuja importância parece desnecessário encarecer, consiste em permitir que, ao tomar-se conhecimento da decisão, se saiba com segurança se se formou, ou não, a seu respeito, coisa julgada material, e se se manifesta, por conseguinte, obstáculo à submissão da mesma causa à apreciação judicial; outra, que não se afigura menos relevante, está em determinar se, contra a decisão “denegatória” proferida no *writ*, cabe ação rescisória - que, como dispõe o *caput* do art. 485 do CPC, só é admissível contra “sentença de mérito.”

Secundo: parece conveniente sublinhar que a terminologia empregada ao longo deste trabalho nada tem de inadequada ao mandado de segurança. Se ele constitui

uma ação, nada autoriza supor que o processo instaurado pela impetração se extinga senão de uma das duas únicas formas pelas quais se extingue qualquer processo, isto é, com julgamento do mérito, ou sem julgamento do mérito, aí incluída a “carência de ação”; nada tampouco justifica abandonar - e muito menos reputar-se errônea - a utilização das expressões com as quais se designam os modos pelos quais, com o julgamento do mérito, o processo se encerra: acolhimento ou procedência do pedido; rejeição ou improcedência do pedido.

Merece particular destaque que, nesta matéria, se algo contribui enormemente para embaraçar a compreensão do conteúdo das decisões proferidas no mandado de segurança, e perturbar gravemente a verificação dos efeitos que dele resultam é o arraigado vício de deixar de empregar-se, no mandado de segurança, a terminologia técnica tradicional que se utiliza de um modo generalizado para as ações, e o hábito - que sem nenhum prejuízo se poderia banir da lei e da prática forense - de adotar-se, indistintamente para todos os casos em que o impetrante não logra obter bom êxito, a expressão “denegação” da segurança.

Não há dúvida de que se trata, a palavra “denegação”, de expressão tradicional, que a própria Constituição e a Lei 1533 utilizam - não sem suscitar, aliás, aqui e ali, ponderáveis polêmicas.⁽¹⁹⁾ Cuida-se, porém, de termo impreciso e ambíguo, que dá margem a dúvidas sobre o objeto da decisão, e, embora proporcione certa comodidade para o juiz, que, por meio dele, não precisa preocupar-se em dizer se está ou não julgando o pedido, cobra mais tarde o seu preço, ao exigir que, nem sempre com facilidade, se interpretem as sentenças, para todos os efeitos que tiverem por pressuposto determinar se se trata, ou não, de decisão de mérito.

⁽¹⁹⁾ Para ficar em exemplo recente: a discussão que se travou sobre o cabimento do recurso ordinário contra decisões “denegatórias” de segurança de competência originária dos Tribunais.

* **Helcio Alves de Assumpção** é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Livre-Docente de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ e Professor Adjunto da UERJ.
