

Mandado de Segurança. Direito Líquido e Certo

Adhemar Ferreira Maciel

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

Introdução. A “Terceira Onda” do controle da constitucionalidade das leis. Fenômeno do final do século.

Se no início dos anos 30¹ o mundo viu passivamente crescer a autocracia e se espalhar como fogo o arbítrio, agora, no final do século, está testemunhando o arrebentar da *Troisième Vague* do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, na expressão otimista de Louis Favoreau, deão da Universidade d’Aix-Marseille III.²

Estados tradicionalmente avessos à proteção e garantia dos direitos fundamentais, como os muçulmanos, com o Pacto de Teerã, passaram, “ainda que no papel”³, a admitir o controle do poder público.⁴ Mesmo que incipiente, trata-se de um primeiro passo para a valorização da dignidade humana.⁵ A tônica do

1. Mesmo em países de democracia estratificada, como os Estados Unidos da América, em 1935 havia muita gente que acreditava piamente que a estrutura tradicional da política norte-americana estivesse a um passo de desfazer-se. Os partidos políticos não tinham como conter a energia desencadeada por pregoeiros de regimes nazi-fascistas (cf. **Schlesinger, Jr., Arthur**. *La Era de Roosevelt – la Política del Cataclismo*. Trad. para o espanhol por José Meza Nieto. México: Uteha, 1968, p. 64).
2. A “Primeira Onda” ocorreu logo após a Primeira Grande Guerra, com o controle concentrado na Constituição de Weimar e sobretudo na Constituição da Áustria; a “Segunda Onda” se deu logo depois da Segunda Grande Guerra, com as Constituições da Áustria, Itália, Japão e Alemanha Ocidental (cf. **Mauro Cappelletti**. *General Report* na coletânea organizada por **Louis Favoreau** e **John-Anthony Jolowicz**, com o título de *Le Contrôle Juridictionnel des Lois – Légitimité, Effectivité et Développements Récentes*. Paris: Economica, 1986, p. 302).
3. Para alguns sistemas jurídicos, para que o ato internacional passe a obrigar interna e internacionalmente, é necessária sua incorporação legislativa. Para outros, basta a ratificação pelo país assinante. A nova ordem jurídica brasileira, inaugurada em 05.10.88, adota o sistema misto: se o tratado internacional ratificado pelo Brasil versar sobre proteção de direitos fundamentais, a incorporação é automática por força do art. 5º, § 2º, da Constituição (cf. **Piovesan, Flávia**. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Max Limonad, Ltda, 1996, pp. 82 e seg.)
4. Cf. **Gélard, Patrice**, in *Transformações do Direito Constitucional na Sociedade Contemporânea*, palestra publicada na Revista da Faculdade de Direito das Universidades Metropolitanas Unidas, Ano 10, Série Internacional V, jan./junho 1996.
5. Ao falar sobre o sistema constitucional espanhol, o Prof. **Francisco Fernández Segado** diz: “*Es por ello mismo por lo que puede afirmarse que todos los derechos que de la Constitución*

constitucionalismo contemporâneo está sobretudo no respeito aos direitos fundamentais, que tendem a se internacionalizar.⁶

Na verdade, não podem existir direitos fundamentais sem instrumentos processuais eficientes e juízes independentes para efetivá-los. Hoje, mais do que justificar os direitos fundamentais, é importante protegê-los.⁷

A Constituição brasileira de 1934 criou o instituto do mandado de segurança, instrumento dos mais eficazes e notáveis do mundo em matéria de proteção genérica dos direitos individuais e coletivos. De nossos Estatutos políticos posteriores, apenas a Carta de 1937 – “A Polaca”⁸ – deixou de contemplá-lo expressamente.

O instituto do mandado de segurança, com mais de meio século de existência e ainda em constante evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, é, em nosso entender, o mais aperfeiçoado instrumento processual constitucional na defesa dos direitos fundamentais no Brasil.⁹ Não tem a generalidade inviabilizante do *juicio de amparo* mexicano, nem o casuísmo dos *writs* anglo-americanos.

Por sua simplicidade e eficácia, pode-se dizer, sem imodéstia, que o man-

proclama, de una u outra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona exigido por la propia dignidad de la misma” (*El Sistema Constitucional Español*, artigo doutrinário publicado in *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, livro organizado por **García Belaunde, Fernández Segado, F.** e **Hernández Valle, R.** Madrid: Dykinson, 1992, p. 394). Daí a Lei Fundamental de Bonn, que tanto influenciou a Constituição espanhola, ter aberto o art. 1^a com a rubrica *Schutz der Menschenwürde* (Proteção da Dignidade Humana). Também a Constituição portuguesa foi marcada por tal dispositivo (art. 1^a), uma vez que a “pessoa (humana) é o fundamento e fim da sociedade e do Estado” (**Miranda, Jorge**. Manual de Direito Constitucional, tomo IV. Coimbra Editora, Limitada, 1988, p. 167).

6. Cf. **Piovesan, Flávia**, ob. cit., p. 70. **Antônio Augusto Cançado Trindade** fala até em “novo constitucionalismo”, quando se refere à internacionalização da proteção dos direitos humanos (A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos in Arquivos do Ministério da Justiça, ano 46, número 182, julho/dezembro 1993, p. 29).
7. **Bobbio, Norberto**. A Era dos Direitos. Trad. de Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.
8. No embalo universal da descrença na democracia, o Governo Getúlio Vargas foi-se inspirar na Carta ditatorial polonesa de Pilsudski (cf. **Silva, Hélio**. As Constituições do Brasil. R. Globo, 1985, p. 90). Esse estatuto político é classificado por **Karl Loewenstein** como “Constituição originária”, uma vez que criou o “neopresidencialismo” (cf. *Teoría de la Constitución*, 2. ed. Trad. espanhola por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, p. 210). Embora vernáculo, o termo *polaco*, no feminino, tem sentido pejorativo (cf. Dicionário Aurélio Eletrônico). Józef Pilsudski, ministro da guerra do premiê Moscicki, assumiu poderes ditatoriais e promulgou a Carta de 1935 (cf. *Multimedia Encyclopedia Encarta*, 1992, Microsoft Corporation).
9. O direito de ir, vir e permanecer é protegido pelo **habeas corpus** (Constituição de 1988, art. 5^a, LXVIII).

dato de segurança é digno de ser copiado ou adaptado por outros povos.¹⁰ É claro que ele não nasceu como Minerva da cabeça de Júpiter. Ao contrário, foi fruto da necessidade e exigência de uma época em que o jurisdicionado começava a experimentar o gosto da liberdade e do enfrentamento com o Poder Público. Ainda que sua inspiração possa estar em institutos alienígenas, como os *writs* anglo-americanos ou o *juicio de amparo* mexicano, sua criação está intimamente ligada ao **Habeas Corpus**, aos Interditos Possessórios e à Ação Anulatória de Atos da Administração (Lei nº 221/1894).¹¹

Direito líquido e certo. Condição especial da ação de mandado de segurança. Histórico. Conceito. Jurisprudência do STF e do STJ

A essência do mandado de segurança está no *direito líquido e certo*. Conceituar *direito líquido e certo*, assim, deve ser o primeiro passo para o bom entendimento do instituto.¹²

O art. 5º da Constituição Federal diz expressamente: “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”.

Como ensina **Celso Barbi**, a “expressão direito líquido e certo não foi criada pelo legislador constituinte nem pelo legislador ordinário. Limitaram-se eles a buscá-la na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde a introduzira Pedro Lessa, ao tempo da formulação da doutrina brasileira do **habeas corpus**, e para aplicação a este”.

10. Diversos autores estrangeiros se têm ocupado do estudo do instituto brasileiro. Assim, **Héctor Fix-Zamudio** (*Ensayos sobre El Derecho de Amparo*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1993), **Luis Alberto Viera** (*Ley de Amparo*, 2ª ed., Montevideo: Idea, 1993). A Lei uruguaia nº 16/11/88 – Ley de Amparo –, como ensina Viera foi também inspirada na nossa Lei nº 1.533/51.

11. Cf. **Cavalcanti, Themístocles Brandão**, A Constituição Federal Comentada, v. III, Rio de Janeiro: Konfino, 1949, p. 178. Em voto proferido no MS nº 333/36, o Ministro Carlos Maximiliano fez a seguinte observação: “Não aceito essa opinião, em primeiro lugar, porque o novo instituto jurídico não tem origem romana nem ligação com o inventário, o direito sucessório, ou coisa parecida. O mandado de segurança procede de fonte norte-americana. Aliás, a própria letra do texto leva a esta conclusão” (*Archivo Judicial*, v. XLI. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de 05.01.37, p. 7).

12. Daí dizer **Celso Barbi** que o conceito de direito líquido e certo é “a pedra de toque, a chave de abóbada de todo o edifício” (Do Mandado de Segurança, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 55).

Outra não é a observação de **Themístocles Brandão Cavalcanti**: “Pedro Lessa foi quem introduziu a expressão *certo, líquido e incontestável*, nos julgados do Supremo Tribunal, e apesar das críticas feitas, exprimia, com precisão, salvo o rigor da técnica das expressões usadas, as exigências dos juízes daquele Tribunal para que se pudesse ampliar o conceito clássico de **habeas corpus** a outros direitos que não os concernentes à liberdade física”.¹³

Também **Castro Nunes** diz que “as origens da locução mostram que se trata de um critério jurisprudencial, justificado pelas necessidades da adaptação do **habeas corpus**, na extensão dada a esse instituto pela antiga jurisprudência”¹⁴. Mais para a frente, continua o ministro e publicista da primeira República, após transcrever trecho de voto de Pedro Lessa no qual se utiliza dos adjetivos “incontestável” e “líquido”: “a fórmula *direito certo e incontestável* tem, pois, nesses antecedentes a sua origem, o seu comentário, a sua explicação”.¹⁵

Efetivamente, Pedro Lessa, no HC nº 3.539, impetrado por Rui Barbosa no STF, esboça a idéia de que o *direito líquido e incontestável* estava ligado à prova pré-constituída e à rapidez da solução do conflito de interesses. Em seu voto-vencido disse Lessa:

“A liberdade de locomoção é um direito fundamental, condição do exercício de um sem-número de direitos. No segundo caso, o constrangimento se limita à privação da liberdade individual, quando esta tem por fim próximo o exercício de um determinado direito. Não está o paciente preso, nem detido, nem desterrado, nem ameaçado de qualquer desses constrangimentos à liberdade individual. Apenas lhe tolhem os movimentos necessários para o exercício de um certo direito; não permitem que volte ao domicílio, que penetre na repartição onde é empregado, que vá à praça pública onde se deve realizar uma reunião política, ou à assembléia política de que é membro. Neste segundo caso, diversa é a indagação a que deve proceder o juiz a quem se impetrou a ordem. Cumpre-lhe verificar se o direito que o paciente quer exercer, e o do qual é a liberdade física uma condição, um meio, um caminho, é um *direito incontestável*, se não há uma controvérsia sobre esse direito, *que deve ser dirimido em outro processo*. Esta investigação se impõe ao juiz, porquanto o processo do **habeas corpus** é de andamento rápido, não tem forma nem figura de juízo, e

13. A Constituição Federal Comentada, v. III. Rio de Janeiro: Konfino, 1949, p. 208.

14. Do Mandado de Segurança e outros Meios de Defesa do Direito contra Actos do Poder Público. Livraria Acadêmica, 1937, p. 55.

15. Ob. cit., p. 65.

conseqüentemente não comporta o exame, nem a decisão de qualquer outra questão judicial, que lhe queira anexar, ou que nele se pretenda inserir. Desde que esteja apurada a posição jurídica inquestionável, a situação legal bem manifesta, de quem é vítima de uma coação, que constitui o único obstáculo ao exercício de um *direito líquido*, não é lícito negar o **habeas corpus**".¹⁶

Em **habeas corpus** impetrado no meado de dezembro de 1914, para garantir o exercício da presidência do Estado Rio de Janeiro ao então Senador Nilo Peçanha, reconhecido como eleito por uma facção do Legislativo local, *Pedro Lessa* (vencido), reiterando suas palavras anteriores, deixa bem claro que "direito incontestável, líquido, certo" está ligado à prova pré-constituída.¹⁷

Outros ministros do STF também se prevaleceram da expressão *incontestável*, como o fez Coelho e Campos no **habeas corpus** acima mencionado. Mais tarde, no Acórdão nº 5.514, de 24.12.1919, Edmundo Lins aderiu à nomenclatura lessiana.¹⁸

Ainda hoje não se acha pacificado o conceito de *direito líquido e certo*. Trata-se de uma *condição*¹⁹ específica da ação de mandado de segurança? Envolve mérito?

A resposta às indagações acima vai depender, em primeiro lugar, do direito positivo de cada país e, em segundo lugar, da concepção doutrinária e até *filosófica* do operador do direito.

O CPC brasileiro em vigor (1973), por influência doutrinária do

16. **Costa, Edgard**. Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Primeiro volume. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964, p. 224.

17. **Costa, Edgard**, ob. cit., p. 233.

18. Cf. **Araújo Castro**, A Nova Constituição Brasileira. Freitas Bastos, 1936, p. 452.

19. A teoria da ação tem sofrido, ao longo dos anos, sobretudo depois do meado do século XIX (**Bülow e Wach**), constante oxigenação doutrinária. Nosso CPC em vigor (1973) distingue os "pressupostos processuais" das "condições da ação". O juiz só pode chegar à pretensão resistida do autor, deduzida na petição inicial, se satisfeitos os requisitos para o exame de mérito: os pressupostos processuais, que dizem respeito à validade e regularidade do processo, e as condições da ação, que se connexionam com a ação propriamente dita (Cf. arts. 3º e 267, IV e VI). "Não se confundem com os pressupostos processuais, pois estes dizem respeito apenas à validade da relação processual, enquanto as condições da ação se relacionam com a possibilidade ou não de obter-se, dentro de um processo válido, a sentença de mérito" (**Theodoro Jr., Humberto**. Processo de Conhecimento, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 339). Quando ausente uma condição que seja, o juiz extinguirá o processo (que se pressupõe válido) por "carência de ação" (cf., dentre outros, **Moacyr Amaral Santos**, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 5ª ed., 1ª v. Saraiiva: 1977, p. 146. **Humberto Theodoro Jr.**, Processo de Conhecimento, ob. cit., p. 339).

“abstracionista” **Enrico Tullio Liebman**, procurou abraçar a doutrina do direito abstrato de ação: a ação judicial é dirigida contra o Estado, e não contra aquele que resiste à pretensão do autor. É, na conceituação de **Alfredo Rocco**, um “interesse secundário”, que não se confunde com o direito material (“interesse primário”), ainda que possa ser-lhe conexo. Em outras palavras, como o “credor” da pretensão insatisfeita não pode obrigar *manu militari* o “devedor” a satisfazê-lo, tem de provocar o Estado (juiz), pedindo-lhe que o faça, aplicando o direito objetivo.²⁰

Antes mesmo do advento da primeira lei do mandado de segurança, a Lei nº 191/36, autores de nomeada, como Carlos Maximiliano, já se debruçavam sobre a expressão constitucional (1934) *direito certo e incontestável*, tentando entendê-la, esmiuçá-la e defini-la.²¹ **Castro Nunes** chega mesmo a afirmar que o constituinte de 34, “temeroso da facilitação da medida”, teria colocado no texto magno a expressão com o fito de “dificultar a concessão do mandado de segurança”.²² O Ministro **Carlos Maximiliano** asseverava que se tratava de “direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, aplicável de plano, sem detido exame nem laboriosas cogitações”.²³ Esse entendimento nos parece, hoje, numa perspectiva puramente histórica, compreensível para a época, uma vez que o texto constitucional então vigente (1934) se utilizava do advérbio *manifestamente* para modificar os adjetivos *inconstitucional* e *ilegal*. Mas, a partir da Constituição de 1946, que suprimiu

20. **José Frederico Marques** ensina: “A ação, portanto, é direito público subjetivo, uma vez que é dirigido contra o Estado. Trata-se de direito autônomo, conexo a uma pretensão, e de caráter abstrato. É direito conexo a uma pretensão, porque o pedido de tutela jurisdicional tem por fim tornar satisfeita a pretensão que gerou a lide. Nexos e ligações existem, portanto, entre a ação e a pretensão, muito embora não se confundam e se apresentem distintas: a pretensão é ato jurídico que contém exigência contra o réu; a ação é direito subjetivo contra o Estado para pedir-lhe a tutela e o reconhecimento da pretensão” (Manual de Direito Processual Civil. 12ª ed., v. I. S. Paulo: Saraiva, 1987, p. 174). O conceito de “ação”, como de resto o de “processo”, continua sempre em fermentação. **Elio Fazzalari** “alarga” o conceito de *azione*. Não é só “*la parte che promuove il processo (così, nel processo civile, l’attore)*; *ha la propria azione qualsiasi altra parte (così, ancora nel processo civile, il convenuto, l’interveniente)*: *infatti ciascuna parte ha una serie di poteri, facoltà, doveri, assegnatili proprio per realizzare, con una serie di atti, la sua partecipazione al processo, quindi il contraddittorio*.” (Instituzioni di Diritto Processuale, 5ª ed. Padova: Cedam, 1989, p. 405).

21. Uma das primeiras tentativas de interpretar a dicção constitucional “direito certo e incontestável” partiu do então Juiz Federal Cunha Mello, como sendo aquela “contra o qual se não podem opor motivos ponderáveis e sim vagas alegações cuja improcedência o magistrado pode reconhecer imediatamente, sem necessidade de detido exame”(Flaks, Milton. Mandado de Segurança – Pressupostos da Impetração. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 111).

22. Ob. cit., p. 63.

23. Parecer, Jornal do Commercio de 28.08.34.

o *manifestamente* e trocou a expressão *certo e incontestável* por *líquido e certo*, já não se podia mais falar em *direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável*. Por isso, não deixa de ser um tanto caturra a persistência de **Carlos Maximiliano** na mesma conceituação anterior, quando, nos Comentários à Constituição (1946), repetia que “cabe o *mandado de segurança* quando se trate de direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame, nem laboriosas cogitações”... “Direito líquido e certo é aquele contra o qual se não podem opor motivos ponderáveis, e, sim, meras e vagas alegações, cuja improcedência o magistrado logra reconhecer imediatamente sem necessidade de exame demorado, pesquisas difíceis; por outras palavras, é o que nenhum jurista de mediana cultura contestaria de boa-fé e desinteressadamente”.²⁴ Esse pensamento doutrinário não deixou de refletir no STF, como deixa transparecer o excerto de voto abaixo, do Ministro Lafayette de Andrada:

“Vê-se que não pode haver direito líquido e certo quando o assunto dá margem a variadas opiniões, variados entendimentos do texto legal. O direito líquido e certo exige sua comprovação à primeira vista, sem se aprofundar em doutrinas e controvérsias” (MS nº 1.514-DF, julgado em 20.02.52).

O modo de pensar do Ministro Carlos Maximiliano, então Procurador-Geral da República²⁵, já havia sofrido crítica de **Castro Nunes**: “entendidas desse modo as palavras do texto constitucional, só as questões muito simples estariam ao alcance do mandado de segurança. Mas tais questões não são as que comumente dão entrada em juízo. Aliás, o critério que parecesse *simples* a um juiz, difícil e complicado poderia ser para outro, menos enfrornado no assumpto”.²⁶

Alfredo Buzaid gasta algumas boas páginas e não consegue, creio eu, precisar o que vem a ser o *direito líquido e certo*. Combate a conceituação de **Celso Barbi**, que via no instituto conotação *tipicamente processual*. Procura fazer um paralelo entre o conceito civilístico de *título líquido e certo* com *direito líquido e certo*, não logrando apontar um porto seguro para o entendimento da cláusula constitucional. “A nosso ver” – diz **Buzaid** –, “direito líquido e certo, para efeito de mandado de segurança, não é aquele que se apresenta certo quanto à sua exis-

24. 5ª ed., v. III. Freitas Bastos, 1954, pp. 146 e seg.

25. O Procurador-Geral da República era escolhido pelo Presidente da República dentre um dos juizes do STF (Decreto nº 848/1890, art. 6º).

26. Ob. cit., p. 57.

tência e líquido quanto ao seu valor, para usar a fórmula empregada pelo Código Civil ao definir a obrigação líquida (art. 1.533).²⁷ Mais para a frente, continua o juspublicista pátrio: “O que, a nosso ver, esclarece o conceito de direito líquido e certo é a idéia de sua *incontestabilidade*, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública, que pratica um ato ilegal ou de abuso de direito”.²⁸

Ora, percebe-se a fragilidade da conceituação acima, que parte de elemento puramente subjetivo. O que seria uma “afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública”? É o juiz que vai fazer a avaliação da *seriedade* como se fosse a autoridade coatora? Claro que não.

Sérgio Ferraz²⁹ busca conceituar separadamente os adjetivos *líquido e certo*, o que não me parece aconselhável³⁰: “Diremos” – afirma o eminente professor da PUCRJ – “que líquido será o direito que se apresente com alto grau, em tese, de plausibilidade; e certo aquele que se oferece configurado preferencialmente de plano, documentalmente sempre, sem recurso a dilações probatórias”.

Indago: por que voltar-se à idéia de “plausibilidade” do direito subjetivo, se não está em jogo medida cautelar? Ainda que veja no “direito líquido e certo” uma *condição da ação criada no patamar constitucional*, **Sérgio Ferraz** diz que o “direito líquido e certo” também implica *decisão de mérito*.

Ninguém melhor do que o Ministro Costa Manso, do STF, conceituou o *direito certo e incontestável*. Trata-se de voto célebre, hoje repetido por todos aqueles que abordam o tema, proferido no MS nº 333/1936, onde foi lido voto já preparado para o RMS nº 324:

“Eu, porém, entendo que o art. 113, nº 33, da Constituição empregou o vocábulo *direito* como sinônimo de *poder* ou *faculdade* decorrente da *lei ou norma* (direito subjectivo). Não alludiu á própria *lei* ou *norma* (direito objectivo). O remedio judiciario não foi criado para a defesa da *lei em these*. Quem requer o mandado, defende o seu *direito*, isto é, o direito subjectivo, reconhecido ou protegido pela lei. O direito subjectivo, o direito da parte

27. “Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”.

28. Do Mandado de Segurança, v. I, Saraiva, 1989, pp. 85 e seg.

29. Mandado de Segurança (Individual e Coletivo) – Aspectos Polêmicos, Malheiros, 1992, p. 24.

30. Também **Direito**, **Carlos Alberto Menezes**, faz a mesma observação quanto à inconveniência de analisar-se, separadamente, os adjetivos (Manual do Mandado de Segurança, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 57).

é constituído por uma relação entre a lei e o facto. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignoral-a, e com o silêncio, a obscuridade, a indecisão della não se exime o juiz de sentenciar ou despachar (Código Civil, art. 5º da Introdução). Só se exige prova do direito estrangeiro ou de outra localidade, e isso mesmo se não for notoriamente conhecido. O facto é que o peticionario deve tornar certo e incontestável para obter mandado de segurança. O direito será declarado e applicado pelo juiz, que lançará mão dos processos de interpretação estabelecidos pela sciencia, para esclarecer os textos obscuros ou harmonizar os contraditorios. Seria absurdo admitir se declare o juiz incapaz de resolver de *plano* um litígio, sob o pretexto de haver preceitos legais esparsos, complexos ou de intelligencia difficil ou duvidosa. Desde, pois, que o facto seja certo e incontestavel, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difficil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança”.³¹

O Ministro Castro Nunes, já em 1937, quando vigia a Lei nº 191/36, é muito claro a respeito do tema:

“Direito certo e incontestavel, para os effeitos do mandado de segurança, se define por uma condição processual e pelo teôr da obrigação que incumba á autoridade. Condição processual é a possibilidade de provar *de plano*, documentalmente, os pressupostos da situação jurídica a preservar do acto lesivo e a violação ou ameaça de que se queixa o impetrante, susceptivel, em regra, de prova official. A segunda indagação é o merito da questão, o exame da legalidade do procedimento da autoridade, o direito de exigir da autoridade o cumprimento de um dever funccional”.³²

Ainda que não esteja pacificada a conceituação de direito líquido e certo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma pesquisa em decisões do STF mostra que vai prevalecendo, ao longo dos anos, a tese de que a expressão *direito líquido e certo* está ligada à prova pré-constituída, a fatos documentalmente provados com a inicial:

“Deixa de ser líquido e certo o direito do impetrante, se demanda de provas para a sua verificação. Impropriedade do mandado de segurança,

31. *Archivo Judiciario*, v. XLI. Rio de Janeiro: O Jornal do Commercio de 05.01.37.

32. Ob. cit., pp. 61 e seg.

nesse caso” (RMS nº 1.548, Min. Mário Guimarães, DJU de 19.05.52, p. 2.276).

“Retificação de limites do território do novo Município. Questões de alta indagação³³, insusceptíveis de apreciação em mandado de segurança. Recurso desprovido”. (Ementa do RMS nº 4.953-RS, Min. Barros Monteiro, DJU de 02.05.58).

“Mandado de segurança. Ao relator é facultado o indeferimento **in limine**, cabendo agravo de tal despacho. Não cabimento do remédio, pois o caso não é daqueles em que, por ser possível excluir a controvérsia sobre *matéria de fato*, o mandado de segurança serve ao reconhecimento de *direito líquido e certo*, demonstrável desde logo pela só exibição de *documentos*, em confronto com a lei aplicável” (RMS nº 1.912, Min. Luís Gallotti, DJU de 14.12.53, p. 3.781).

“Mandado de segurança e direito a vencimentos. *Dúvidas na situação* dos impetrantes ainda quanto à entidade devedora. Inocorrência de direito *líquido e certo*. Indeferimento do *writ*” (MS nº 2.174, Min. Orosimbo Nonato, DJU de 08.07.54, p. 7.985).

“Mandado de segurança. Posse e domínio. *Questões de fato*. Ausência de *direito líquido e certo*. Decisão judicial. Improcedência do pedido. Denegação do recurso” (RMS nº 2.478, Min. Ribeiro da Costa, julgamento em 01.10.54).

“Mandado de segurança. Denegação, desde que não se demonstra *direito líquido e certo*, tanto assim que, ainda nas razões de recurso, o impetrante oferece

33. Os praxistas consideravam “questão de alta indagação” a que envolvia fatos complexos, apuráveis somente através do procedimento ordinário. “As questões de alta indagação somente podem ser promovidas em ações cujos ritos sejam ordinários. E, se aventadas em ações especiais, devem ser trazidas à ação própria, para que, por ela, seguidas as formalidades processuais que se mostrem indispensáveis, se solucione a pendência” (De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico, 11 ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 139). No verbete “Alta indagação”, n. 4, J.M. de Carvalho Santos, coadjuvado por José de Aguiar Dias, anota: “Houve, entretanto, sérias divergências entre notáveis juristas sobre a conceituação de “alta indagação”. Sustentaram uns que casos de “alta indagação” eram, apenas, os que envolviam questões de fato, dependentes de produção de provas, ao passo que outros defendiam a tese de que podiam existir questões de direito de alta indagação, desde que fossem difíceis e intrincadas” (Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, v. III. Rio de Janeiro: Borsoi, p. 211).

novos documentos e pede a requisição de outros, o que se não concilia com a índole daquele remédio sumaríssimo. Recurso não provido” (RMS nº 2.484, Min. Luís Gallotti, julgamento em 06.04.55).

“Mandado de segurança. Não cabimento, se a matéria a ser decidida envolve *questões de fato*, sujeitas a árduos meios de prova e exame incompatíveis com o requisito de *liquidez e certeza do direito*” (RMS nº 2.954, Min. Luís Gallotti, julgamento em 08.03.55).

“Mandado de segurança. Ausência de *direito líquido e certo*. Questões de fato a serem apuradas. Nega-se a segurança” (RMS nº 3.079, Min. Lafayette de Andrada, julgamento em 04.04.56).

“Aforamento. A dependência de *prova* mostra a inexistência de *direito líquido e certo*” (RMS nº 5.481, Min. Cândido Motta, julgamento em 09.07.58).

“Mandado de segurança: deve ser denegado quando lhe falta documentação hábil, que mostre o *direito líquido e certo*” (RMS nº 6.099, Min. Afrânio Costa, julgamento em 24.11.58).

“Mandado de segurança; não há *direito líquido e certo* dependente de *provas* a serem produzidas posteriormente. Funcionário civil ou militar em missão oficial no estrangeiro, não está por esse fato autorizado a trazer bens que mandou adquirir em diversos países e importá-los desses países para o Brasil” (RE nº 39.282-DF, Min. Afrânio Costa, DJU de 30.01.60).

“Recurso extraordinário. Interposto de acórdão concessivo de mandado de segurança. Rejeição liminar. Agravo desprovido. *Direito líquido e certo* verificado em face da *prova*” (Ag nº 27.428, Min. Antônio Villas Boas, DJU de 18.10.62, p. 1.569).

“Máquinas trazidas do estrangeiro. Licença de importação. Matéria que depende de *exame* de prova escapa ao remédio constitucional” (RMS nº 9.513-DF, Min. Cândido Motta, julgamento em 11.07.62).

“Funcionários públicos interinos. Não é *líquido nem certo* o direito que pleiteiam aos cargos para que foram nomeados outros candidatos aprovados em concurso. Em mandado de segurança não se *examinam fatos* contes-

tados, contestáveis e *dependentes de prova*. Indeferimento” (MS nº 8.584-DF, Min. Pedro Chaves, DJU de 17.12.63, p. 4.432).

“Não há matéria de direito, que se possa considerar complexa, para solução no mandado de segurança. Complexa é só, na lição dos Doutores, a matéria de fato, que não possa ser deslindada por documentos fora de dúvida. No caso dos autos, não há controvérsia em torno dos fatos, reconhecidos por ambas as partes. Tudo gira em torno de decretos e atos dos Governadores e da interpretação de leis. Logo, a matéria pode ser decidida por via de mandado de segurança, quanto a este ponto” (Excerto do voto do relator, Ministro Aliomar Baleeiro, no RMS nº 11.353-PR, publicado na RTJ 39, p. 464).

“Mandado de segurança. Autorização de pesquisa de areia. Não sendo *certos os fatos*, uma vez que a versão do impetrante colide com as informações da autoridade, não é possível o exame dos efeitos jurídicos acaso resultantes dos mesmos *fatos*. Inexistência de *direito líquido e certo*. Denegação do mandado de segurança” (MS nº 18.370-DF, Min. Eloy da Rocha, DJU de 29.12.69, p. 6.235).

“**In casu** há controvérsia em torno da *matéria de prova*, de modo a afastar a propriedade do mandado de segurança, que pressupõe *direito líquido e certo*. Recurso provido” (RE nº 70.558-SP, Min. Djaci Falcão, DJU de 14.06.71).

“1. Funcionário público dirigente de associação de classe e que fez críticas pela imprensa, à administração a que serve. Falta disciplinar punida. Ação de segurança proposta contra o autor da punição. *Dúvida* sobre se foi punido por ser funcionário ou por ser diretor da entidade. Trata-se de *matéria que envolve fato incerto* e que, por isso, não pode ser julgada por meio da sobretida demanda, que pressupõe *fato* indiscutivelmente *certo*. Recurso extraordinário não conhecido” (RE nº 72.646, Min. Antônio Neder, DJU de 07.11.77, p. 7.832).

“Mandado de segurança. Prova. Acórdão que, em face das circunstâncias do caso, entende que são elas aptas para a demonstração da *certeza do fato* não viola o § 21 do art. 153 da Constituição Federal, nem o artigo 1º da Lei nº 1.533/51, pois nenhum dos dois dispositivos trata dos meios de prova que podem produzir no juiz a convicção da *certeza dos fatos alegados*, e, conseqüentemente, da existência de *direito líquido e certo* a que ambos

aludem. Dissídio de jurisprudência não comprovado em face dos termos do art. 305 do Regimento Interno do STF. Recurso extraordinário não conhecido” (RE nº 89.687, Min. Moreira Alves, DJU de 11.12.78).

“Não é possível conceder mandado de segurança sem o exame da *documentação* na qual se funda o alegado *direito líquido e certo*. Agravo regimental desprovido” (AgRgAg nº 83.698-RJ, Min. Soares Muñoz, DJU de 09.10.81, p. 10.056).

“Recurso extraordinário. Prequestionamento. Súmulas nºs 282 e 356.

Matéria relativa à compensação de crédito tributário que, a par de não prequestionada, não guarda similitude com a sistemática da não cumulatividade do ICM. Mandado de segurança. *Direito líquido e certo*. Inexistência de ofensa aos pressupostos processuais do mandado de segurança visto que a controvérsia encerra questões de direito, não de *fato*, sob controvérsia. Recurso extraordinário não conhecido” (RE nº 96.842-RJ, Min. Rafael Mayer, DJU de 27.08.82, p. 8.180).

“Recurso extraordinário: exigência de prequestionamento, no acórdão recorrido, dos temas constitucionais suscitados.

2. Mandado de segurança. *Direito líquido e certo*. O *direito líquido e certo*, pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de *prova inequívoca dos fatos* em que se basear a pretensão do impetrante e não à procedência desta, matéria de mérito” (cfe. STF, Plen., AgRg MS nº 21.243, 12.09.90). (RE nº 117.936-RS, Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 07.12.90, p. 257).

“Mandado de segurança. Militar. Promoção. Artigo 8º do ADCT.

Sendo *controvertidos os fatos* alegados, não há *direito líquido e certo* a permitir a concessão do mandado de segurança.

Recurso ordinário a que se nega provimento” (RMS nº 21.567-DF, Min. Moreira Alves, DJU de 30.10.92, p. 19.515).

“Mandado de segurança. Desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária. Alegação de se tratar de média propriedade, em face da área aproveitável.

Sendo os *fatos controvertidos*, não há como pretender-se, no caso, a existência de *direito líquido e certo*.

Mandado de segurança indeferido, cassando, em consequência, a liminar concedida, mas ressalvando-se ao impetrante o uso das vias ordinárias” (MS nº 21.971-PE, Min. Moreira Alves, DJU de 16.06.95, p. 18.214).

“Mandado de segurança. Recurso ordinário. Multa por ocupação irregular de imóvel funcional.

Em se tratando de mandado de segurança em que a *prova* tem de ser feita, com a *inicial*, pelo impetrante, não é admissível que se reconheça a ele, diante da afirmação, da autoridade impetrada, de que a ocupação é irregular, *direito líquido e certo* quanto à regularidade dessa ocupação com base em mera **praesumptio hominis**.

Recurso ordinário a que se nega provimento” (RMS nº 22.135-DF, Min. Moreira Alves, DJU de 20.10.95, p. 35.262).³⁴

O *direito líquido e certo* é uma “condição especial” da ação de mandado de segurança. Em outras palavras, o impetrante, para que possa utilizar-se desta ação expedita, prevista na própria Constituição, deve provar com a inicial, através de documentos, o que afirma. Se não tiver documento, se não tiver prova pré-constituída, não tem *direito líquido e certo*. Essa a *condição* legal imposta para que o autor (impetrante) se utilize desse instrumento processual constitucional. O parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51, por outro lado, reforça a *tese processual do direito líquido e certo* como *condição* da ação: “No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para cumprimento da ordem o prazo de dez dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição”. Também o art. 15 da LMS vem em socorro dessa argumentação: “A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. Daí notar **Seabra Fagundes** que tal caminho apontado “somente pode ter como objetivo ensejar uma formulação mais completa da prova, pois a demonstração do direito, em face dos textos, há de ser substancialmente a mesma já feita no requerimento do mandado”.³⁵

34. Os itálicos são do autor. As ementas transcritas foram tiradas do “Informa Jurídico – versão 6”, Prolink.

35. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 4ª ed. Rio: Forense, p. 280.

Tecnicamente, então, se o impetrante não juntar a documentação, comprovando o fato deduzido na inicial, ou se a apuração dos fatos exigir outras provas, deverá ser considerado, dentro de nossa sistemática processual, *carecedor da segurança*. Em outras palavras, o juiz não entrará no mérito, e extinguirá o processo com base no art. 267, VI, do CPC. Esse também é o entendimento da Professora **Lúcia Valle Figueiredo**: “Impende, pois, que os juizes, quando entenderem *não haver direito líquido e certo*, por necessidade de dilação probatória, não deneguem a segurança, porém extingam-na por carência dessa via processual. Com efeito, com a denegação supõe-se ter sido o mérito percutido”.³⁶

Celso Barbi, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*³⁷ lembra que para **Chiovenda** as expressões “carência” e “improcedência” da ação são equivalentes. “Se o juiz conclui que o autor não tem direito de ação, tanto faz que a conclusão decorra da falta de legitimidade, da falta de interesse, ou de não existir a vontade concreta da lei alegada pelo autor; em qualquer desses casos, o autor carece de ação, não tem ação, vale dizer, sua ação não tem procedência, é improcedente”.

Penso que o saudoso mestre da Casa de Afonso Pena não tem razão. Ainda que doutrinariamente possa não haver diferença, trata-se de distinção feita pelo direito positivo brasileiro. A doutrina de **Liebman**, como se sabe, foi básica na configuração de nosso CPC. Já nos primeiros anos da década de 40, em *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, o catedrático de **Pávia** insistia, após falar em **legitimatío ad causam** e em legítimo interesse: “Estes são, pois, os requisitos que devem preencher a lide para poder ser julgada, porque sem eles a lide está mal proposta e não oferece as garantias de uma solução justa e adequada do conflito de interesses, para cuja eliminação se invocou a autoridade da lei e a sabedoria do Poder Judiciário. Recebem o nome de condições da ação, porque são verdadeiras condições de existência da ação, requisitos cuja falta produz a *carência da ação*”.³⁸

Luiz Machado Guimarães comunga do mesmo pensamento de **Liebman**: “A carência da ação, portanto, nada tem a ver com a eventual inexistência do direito subjetivo afirmado pelo autor (hipótese de improcedência da ação), nem com a possível inexistência de algum dos requisitos, ou *pressupostos* da relação processual (hipótese de nulidade do processo). É situação que diz respeito apenas ao direito de ação e que pressupõe a autonomia deste direito.”³⁹

36. Mandado de Segurança. S. Paulo: Malheiros, 1996, p. 176.

37. Vol. I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 21.

38. S. Paulo: Saraiva, 1947.

39. Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro-S. Paulo: Jurídica Universitária, 1969, p. 96.

Como ensina **Arruda Alvim**, as condições da ação (em geral) “são requisitos de ordem processual, *intrinsecamente instrumentais* e existem, em última análise, para se verificar se a ação deverá ser admitida ou não. Não encerram, em si, fim *definitivo* algum; são requisitos-meios para, admitida a ação, vir a poder ser julgado o mérito (a lide ou o objeto litigioso, respectivamente, principalmente na linguagem de **Carnelutti**, e, na dos alemães)”.⁴⁰

Corretíssima me parece a decisão abaixo, do Ministro Ilmar Galvão, quando compunha o STJ:

“Administrativo. Radiodifusão. Interferências de uma emissora nas transmissões de outra. Mandado de segurança visando a compelir o Ministério das Comunicações a coibir a irregularidade de interferências negadas pela autoridade e pela emissora apontada como irregular, com base em laudo de medição elaborado por técnicos indicados pelas partes em lide. Palavra final que somente poderá ser obtida por meio de perícia técnica judicial, que não comporta no rito do mandado de segurança. *Ausência de direito líquido e certo, que conduz à carência da ação*. Ressalvada à impetrante a faculdade de renovar a sua pretensão pela via ordinária” (MS nº 58-DF, DJU de 21.08.89, p. 13.321).⁴¹

Com idêntica precisão técnico-processual, o Ministro Galvão, já no STF, assim ementou, como relator designado, o MS nº 21.575-DF, publicado no DJU de 17.06.94, p. 15.707:

“Mandado de segurança. Decreto homologatório da demarcação administrativa da área indígena denominada *Guasuti*, no Estado de Mato Grosso do Sul. Alegada ilegalidade, por tratar-se de terras particulares, detidas por produtores rurais, com base em títulos de domínio que remontam a 1920.

Controvérsia cuja dilucidação implica a necessidade de apurar se, conquanto desocupadas pelos índios há cerca de 50 anos, como alegado, as terras em questão, em alguma época, teriam saído do domínio da União, circunstância sem a qual não se poderia reconhecer legitimidade à alienação que, segundo se alega, delas fez o Estado-Membro, iniciando a cadeia dominial ora exibida pelos impetrantes.

Questão insuscetível de ser dilucidada sem ampla instrução probatória, que o rito do mandado de segurança não comporta.

40. Tratado de Direito Processual Civil, v. 1. S. Paulo: RT, 1990, p. 384.

41. Informa Jurídico – Base de Dados – ProLink – Versão 9-CD. Itálico do autor.

Carência da ação”.

Ainda que proferida em recurso extraordinário, a decisão abaixo ementada se acha relacionada com a questão de direito líquido e certo como condição da ação de mandado de segurança:

“*Carência de ação* decretada por *insuficiência de provas* trazidas a juízo, para caracterização do direito postulado em mandado de segurança. Não tendo sido ventilado, no acórdão recorrido, o dispositivo constitucional dado como contrariado (art. 23, II), nem estando configurada a divergência com a Súmula nº 271, prevalece o óbice previsto no art. 325, III (**in fine**) do Regimento Interno.

Recurso extraordinário de que não se conhece” (RE nº 110.656-SP, Min. Octávio Gallotti, DJU de 10.10.86, p. 18.935).

Fiel à “corrente processualista” do direito líquido e certo, assim ementei o MS nº 195-DF, julgado na 1ª Seção do STJ em 31.10.89, e publicado no DJU de 19.02.90, p. 1.395:

“Mandado de segurança. Dispensa sem motivação de empregado concursado. Razões políticas. Falta de *direito líquido e certo*. Ressalva das vias ordinárias.

I - A impetração é contra ato que indeferiu a reintegração do impetrante, empregado publicamente concursado, dispensado há mais de oito anos. Assim, não se pode falar em *decadência*.

II - O mandado de segurança, embora seja uma ação, exige uma *condição especial*: a do *direito líquido e certo*. Dessarte, quem não consegue provar documentalmente aquilo que afirma não tem como se prevalecer da via eleita. Nos autos não há prova de que o impetrante tenha sido dispensado por razões ideológicas. Ao contrário, há indícios de que o motivo da dispensa tenha sido outro.

III - *Carência da ação por falta de direito líquido e certo*. Ressalva das vias ordinárias, onde a dilação probatória é a mais ampla possível.”

Quando integrante da 3ª Seção do STJ, elaborei, como relator designado, a seguinte ementa:

“Administrativo. Mandado de segurança. Imóveis funcionais administrados pelas Forças Armadas. Cadastramento para efeito de compra. Segurança concedida.

I - Dez são os impetrantes. Vindicam o cadastramento de imóveis funcionais por eles ocupados. A Seção tem jurisprudência firmada no sentido de que o servidor civil de imóvel administrado pelas Forças Armadas tem direito ao cadastramento para efeito de compra. No caso concreto, só quatro dos impetrantes satisfazem às exigências materiais e processuais.

II - Segurança concedida quanto aos quatro primeiros. Quanto aos demais, três são carecedores da ação de segurança por falta de *direito líquido e certo* (fatos controversos) e três não têm direito ou por serem militares ou por não terem demonstrado a regularidade ocupacional.” (MS nº 2.477-DF, DJU de 27.09.93, p. 19.772).

Celso Barbi, sem dúvida alguma o maior paladino do *direito líquido e certo* como *condição especial* da ação de mandado de segurança, após considerações sobre a conceituação de **Costa Manso**, diz: “Como se vê, o conceito de direito líquido e certo 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, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos”.⁴²

A respeito do direito líquido e certo, como requisito puramente processual, sublinha **Seabra Fagundes**: “Assim, ter-se-á como líquido e certo o direito cujos aspectos de fato se possam provar, documentalmente, fora de toda a dúvida, o direito cujos pressupostos materiais se possam constatar pelo exame da prova oferecida com o pedido, ou de palavras ou omissões da *informação* da autoridade impetrada”.⁴³

Hely Lopes Meirelles, embora não tenha sido muito claro no início de sua conceituação de *direito líquido e certo*⁴⁴, acrescenta que “em última análise, *direito líquido e certo* é *direito comprovado de plano*. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de mandado de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1.533). É um conceito impróprio – e mal-expresso – alusivo à precisão e comprovação do *direito* quando deveria aludir à precisão e comprovação dos *fatos e situações* que ensejam o exercício desse direito”.⁴⁵

42. Do Mandado... pp. 61 e seg.

43. Ob. cit., p. 279.

44. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e **Habeas Data**, 15ª ed. atualizada por **Arnoldo Wald**. Malheiros, p. 25.

45. Ob. cit., p. 26.

Ovídio A. Baptista da Silva, que defende convictamente a categoria das ações mandamentais⁴⁶, sintetiza seu pensamento quanto à expressão “direito líquido e certo”: “A regra, portanto, é a seguinte: estando os fatos claramente demonstrados nos documentos com que o autor do mandado de segurança instruiu o pedido, a maior ou menor complexidade da *quaestio iuris*, é irrelevante para descaracterizar a “certeza” do direito. Por mais controvertido que ele seja, no plano da existência somente pode haver duas alternativas: ou o direito existe ou não existe, independentemente daquilo que o julgador possa pensar a seu respeito”.⁴⁷ No mesmo diapasão é o ensinamento de Sálvio de Figueiredo Teixeira, que lembra **Lopes da Costa**, quando esse último fala em “processo documental” do direito alemão.⁴⁸ O Livro V da ZPO alemã (§§ 592 a 605a), é certo, cuida do “Processo documental e cambiário” (Urkunden-und Wechselprozess). Tal ação (Klage) é admitida quando se tem a pretensão (Anspruch) de receber dinheiro ou coisa fungível. Os documentos devem acompanhar a petição inicial.⁴⁹

Outro não é o entendimento de **Ernane Fidélis dos Santos**: “O sentido de liquidez e certeza do direito defendido é processual e não material, mesmo porque, embora entendendo-se que o autor tenha direito à ação, onde se requer segurança, a sentença poderá afirmar que o direito não exista. Direito líquido e certo é o que pode ser reconhecido apenas pela apreciação do modelo jurídico próprio com o fato nele adequado, sem necessidade de se socorrer de provas, ou quando muito somente da documentação incontestada, onde se

46. Dificuldade maior está na conceituação da “natureza jurídica” do mandado de segurança. Seria ação de cognição? Executiva? Cautelar? Chegou-se mesmo a criar uma quarta modalidade: ação mandamental. **Pontes de Miranda** e **Lopes da Costa** se utilizaram à larga dessa denominação de **G. Kuttner**, em seu *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, divulgada sobretudo por **James Goldschmidt**, quando esse último afirmava que “ação de mandamento se encaminha a obter um mandado dirigido a outro órgão do Estado, por meio da sentença judicial” (*Derecho Procesal*. Trad. de Leonardo Castro Prieto. Labor: 1936, p. 115). Sobre a terminologia kuttneriana, diz **Milton Flaks**: “No conceito clássico de **Kuttner**, ações mandamentais seriam aquelas em que o juiz, sem resolver a relação de direito existente no fundo do litígio, ordena a outro órgão do Estado que pratique ou omita um ato de seu ofício, a pedido da parte vencedora. A teoria sofreu críticas por não terem tais ações um conteúdo diferente das outras demandas, distinguindo-se, tão-somente, por um efeito específico. Desse modo, o mandado de segurança não se ajustaria, perfeitamente, à definição de **Kuttner**, uma vez que o juiz não se abstém de solucionar o conflito básico existente entre o impetrante e a autoridade” (ob. cit., p. 26).

47. Curso de Processo Civil, II v. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990, p. 274.

48. Mandado de Segurança: uma Visão de Conjunto (Mandados de Segurança e de Injunção. Saraiva, 1990, p. 110).

49. “Ação ou a petição preparatória se devem fazer acompanhar dos documentos, no original ou em cópia” (*Die Urkunden müssen in Urschrift oder in Abschrift der Klage oder einem vorbereitenden Schriftsatz beigefügt werden* (§ 593, 2).

resume e se esgota toda a indagação probatória do fato. Se a questão depender de outras provas, as vias ordinárias são o caminho específico”.⁵⁰

O Prof. **Celso Ribeiro Bastos** também comunga do entendimento de que o *direito líquido e certo* tem natureza puramente processual: “De todo o exposto resultam diversas conclusões. Em primeiro lugar, direito líquido e certo é conceito de ordem processual, que exige a comprovação dos pressupostos fáticos da situação jurídica a preservar. Conseqüentemente, direito líquido e certo é **conditio sine qua non** do conhecimento do mandado de segurança, mas não é **conditio per quam** para a concessão da providência judicial”.⁵¹

Em artigo doutrinário, o Ministro Carlos Mário Velloso endossa o “conceito processual” do mandado de segurança, uma vez que se reporta a lições de **Celso Barbi, Lopes da Costa e Sálvio de Figueiredo Teixeira**.⁵² Quando ministro do STJ, de modo coerente, considerou o “direito líquido e certo” conexionado com os “fatos” (provados). É o que se infere da ementa seguinte:

“Constitucional. Processual Civil. Mandado de segurança. *Direito líquido e certo*.

I - *Direito líquido e certo*, que autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, diz respeito aos fatos. *Incontroversos estes*, é possível o ajuizamento do *writ*, porque ao juiz será possível o ajuizamento completar a relação fato-direito positivo de que pode resultar o direito subjetivo. Qualquer direito subjetivo, público ou privado, desde que líquido e certo, pode ser defendido por meio do mandado de segurança.

II - Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no MS nº 124-DF, DJU de 06.08.90, p. 7.311).

A jurisprudência do STJ, de um modo predominante, tem ligado o “direito líquido e certo” à “prova pré-constituída”. Contudo, como se verá das ementas abaixo selecionadas, não há maior preocupação em tomar o direito líquido e certo como condição especial da ação. Daí falar-se em “indeferir”, “denegar” ou até mesmo – como se se tratasse de recurso – em “não conhecer” do *writ*:

50. Manual de Direito Processual Civil, 3ª ed., v. 3. Saraiva: 1994, p. 169.

51. Comentários à Constituição do Brasil, 2. v. Saraiva: 1989, p. 331.

52. “O conceito, portanto, de direito líquido e certo, ensina **Celso Barbi**, lição que é também, de **Lopes da Costa** e **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, é processual” (Do Mandado de Segurança e Institutos Afins na Constituição de 1988. Artigo doutrinário publicado na coletânea organizada por Sálvio de Figueiredo Teixeira (Mandados de Segurança e de Injunção, cit., p. 81).

“Mandado de segurança. *Fato incontroverso*. O mandado de segurança, porque exige demonstração de *direito líquido e certo*, requer fato incontroverso, insusceptível de dilação probatória” (MS nº 505-DF, Min. Nilson Naves (relator designado), DJU de 17.12.90, p. 14.334).

“Mandado de segurança. Fatos controvertidos. Ausência de *direito líquido e certo*. Não conhecimento do *writ*.” (MS nº 259-DF, Min. Américo Luz (relator designado), DJU de 21.05.90, p. 4.420).

“Recurso ordinário. Mandado de segurança. *Direito líquido e certo*.

No mandado de segurança, considerado o procedimento especial, a *prova deve ser preconstituída*.

Denega-se o **mandamus** quando o fato descrito na causa-de-pedir não se mostra isento de dúvida” (RMS nº 514-RJ, Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 17.12.90, p. 15.349).

“Processo Civil. Mandado de segurança. Processo Civil.

Fundando-se o mandado de segurança em *direito líquido e certo*, que pressupõe incidência de regra jurídica sobre *fatos incontroversos*, não se defere o *writ* quando a alegação se apresenta órfã de prova” (RMS nº 528-BA, Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 29.10.90, p. 12.147).

“Ação de nunciação de obra nova. Embargo liminar. Pedido de prosseguimento da obra, mediante caução, cuja apreciação se remeteu para após realização de perícia. Mandado de segurança. Inexistência de *direito líquido e certo* do recorrente, já que existem *dúvidas* fundadas sobre *matéria de fato*, notadamente em vista do que dispõe o artigo 940, § 2º, do Código de Processo Civil” (RMS nº 641-RJ, Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 18.03.91, p. 2.798).

“Mandado de segurança. *Direito líquido e certo*. Ausência. Impossível a concessão de segurança, havendo fatos *controvertidos*. Recurso ordinário improvido” (RMS nº 713-SP, Min. Cláudio Santos, DJU de 11.03.91, p. 2.391).

“Mandado de segurança. Prova do *direito líquido e certo*.

Por sua natureza, nas ações de mandado de segurança, com a inicial deve o impetrante fazer *prova indiscutível*, completa e transparente de seu direito líquido e certo. Não é possível trabalhar à base de presunções. Re-

curso conhecido mas desprovido” (RMS nº 929-SE, Min. José de Jesus, DJU de 24.06.91, p. 8.623).

“Processual Civil. Mandado de segurança. Pressupostos constitucionais. Produção de prova. Inexistindo *direito líquido e certo* a ser protegido e não sendo o mandado de segurança a via adequada à *realização ou discussão de prova*, há que ser denegada a ordem. Recurso conhecido, mas improvido.” (RMS nº 965-SP, Min. Peçanha Martins, DJU de 26.08.91, p. 11.383).

“Mandado de segurança. Ato administrativo. Ilegalidade. *Cotejo de provas. Procedimento incompatível com a natureza da ação.*

No mandado de segurança é imprescindível a demonstração de prova preconstituída, pois o direito líquido e certo pressupõe fatos indubitáveis, comprovado de plano” (RMS nº 202-PA, Min. Hélio Mosimann, RSTJ, v. 27, p. 140).

“Tributário. Débito fiscal. Prescrição. Mandado de segurança. Decadência.

O presente mandado de segurança foi distribuído um ano depois da ciência do ato impugnado, consumou-se a decadência. Mesmo assim o caso não abriga *direito líquido e certo*, existindo controvérsia sobre as *questões de fato* e na via de mandado de segurança a prova é preconstituída” (MS nº 1.481-DF, Min. Garcia Vieira, DJU de 03.08.92, p. 11.234).

“Mandado de segurança. Direito líquido e certo. Sistema Financeiro da Habitação. Plano de equivalência salarial. Reajuste de prestações.

1. O mandado de segurança pressupõe *prova preconstituída* da *situação fática* incontroversa, em face da qual se pede a aplicação do direito objetivo.
2. Recurso improvido (Súmula nº 7 do STJ).” (REsp nº 20.227-PE, Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 07.12.92, p. 23.291).

“Constitucional e Administrativo. Aposentados. Extensão dos benefícios concedidos ao pessoal em atividade.

O § 4º do art. 40 da Constituição Federal é auto-aplicável, pelo que devem ser estendidos aos inativos os benefícios concedidos aos paradigmas em atividade.

O *direito líquido e certo* que se busca atendimento em mandado de segurança há de ser demonstrado de plano, visto que essa estrita via processual não comporta *dilação probatória*.

Mandado de segurança não conhecido ressaltando-se aos impetrantes as vias ordinárias” (MS nº 1.761-DF, Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 28.02.94, p. 2.849).

“Mandado de segurança contra ato judicial. Fraude de execução reconhecida. Decisão proferida pela autoridade impetrada, que, ao abrigo da lei, não ofende *direito líquido e certo* da impetrante. São insuscetíveis de apreciação na via estreita do mandado de segurança *atos controversos, dependentes de prova*. Recurso ordinário improvido” (RMS nº 2.987-AM, Min. Barros Monteiro, DJU de 05.09.94, p. 23.106).

Em suma, dentro da melhor corrente doutrinária e jurisprudencial, o direito líquido e certo é *condição da ação do mandado de segurança*. Nada tem com o mérito. Quem não prova com a inicial o que diz, não tem direito líquido e certo. Deve ser, então, julgado carecedor da ação de segurança.

Bibliografia

- Arquivo Judiciário*, v. XLI. Rio de Janeiro: O Jornal do Commercio de 05.01.37.
Dicionário Aurélio Eletrônico
Informa jurídico – versão 6. Prolink
Informa jurídico – versão 9. Prolink
Multimedia Encyclopedia. Microsoft Corporation: 1992.
Encarta
Zivilprozessordnung... 12. Ed. München: C.H. Beck (DTV)
Araújo Castro. A Nova Constituição Brasileira. Freitas Bastos: 1936.
Arruda Alvim. Tratado de Direito Processual Civil, v. 1º. S. Paulo: RT, 1990.
Barbi, Celso Agrícola. Comentários ao Cód. Proc. Civil, v. I, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
Barbi, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
Bastos, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, 2 v. Saraiva: 1989.
Bobbio, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. por Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
Buzaid, Alfredo. Do Mandado de Segurança, v. 1. Saraiva: 1989.
Cappelletti, Mauro. *General Report in Le Contrôle Juridictionnel des lois – Légimité, Effectivité et. Développements récents*. Col. Organizada por Favoreau, L. e Jolowicz, J.A. Paris: Economica, 1986.

- Carvalho Santos, J.M.** Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, V. III. Rio de Janeiro: Borsoi.
- Castro Nunes, J. de.** Do Mandado de Segurança e Outros Meios de Defesa do Direito Contra Actos do Poder Público. Livraria Acadêmica, 1937.
- Cavalcanti, Themístocles Brandão.** A Constituição Federal Comentada, v. III. Rio de Janeiro: Konfino, 1949.
- Costa, Edgard.** Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal. 1 v. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.
- De Plácido e Silva.** Vocabulário Jurídico, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- Direito, Carlos Alberto Menezes.** Manual do Mandado de Segurança, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- Fazzalari, Elio.** *Instituzioni di Diritto Processuale*, 5ª ed. Padova: Cedam, 1989.
- Fernández Segado Francisco.** *El Sistema Constitucional Español in Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Madrid: Dykinson, 1992.
- Ferraz, Sérgio.** Mandado de Segurança (Individual e Coletivo) – Aspectos Polêmicos. S. Paulo: Malheiros, 1992.
- Figueiredo, Lúcia Vale.** Mandado de Segurança. S. Paulo: Malheiros, 1996.
- Fix-Zamudio, Héctor.** *Ensayos Sobre El Derecho de Amparo*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1993.
- Flaks, Milton.** Mandado de Segurança – Pressupostos da Impetração. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- Gélard, Patrice.** Transformações do Direito Constitucional na Sociedade Contemporânea, in Rev. da Fac. de Direito da FMU, Ano 10, Série internacional V (jan./junho 1996).
- Goldschmidt, James.** *Derecho Procesal Civil*. Trad. de Leonardo Castro Prieto. Labor, 1936.
- Guimarães, Luiz Machado.** Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro/S. Paulo: Jurídica Universitária, 1969.
- Loewenstein, Karl.** *Teoría de La Constitución*. Trad. espanhola por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.
- Marques, José Frederico.** Manual de Direito Processual Civil. 9ª ed., v. 1. Saraiva: 1982.
- Maximiliano, Carlos.** *Archivo Judicial*, v. XLI. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de 05.01.37.
- Maximiliano, Carlos.** Comentários à Constituição, 5ª ed., v. III. Freitas Bastos: 1954.
- Meirelles, Hely Lopes.** Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e **Habeas data**, S. Paulo, Malheiros, atualizado por Arnoldo Wald.

- Miranda, Jorge.** Manual de Direito Constitucional, tomo IV. Coimbra Ed., Ltda, 1988.
- Piovesan, Flávia.** Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Max Limonad, Ltda, 1996.
- Santos, Ernane Fidélis dos.** Manual de Direito Processual Civil, 3ª ed., v. 3. Saraiva: 1994.
- Santos, Moacyr Amaral.** Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 5ª ed., 1ª v., Saraiva: 1977.
- Schlesinger, Jr., Arthur.** *La Era de Roosevelt – La Política del Cataclismo.* Trad. espanhola por José Meza Nieto. México: Uteha, 1968.
- Seabra Fagundes, M.** O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Silva, Hélio.** As Constituições do Brasil. R. Globo: 1985.
- Silva, Ovídio A. Baptista da.** Curso de Processo Civil, II v. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.
- Teixeira, Sálvio de Figueiredo.** Mandado de Segurança: Uma Visão de Conjunto *in* Mandado de Segurança e de Injunção. Saraiva: 1990.
- Theodoro Jr., Humberto.** Processo de Conhecimento. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- Trindade, Antônio Augusto Cançado.** A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos *in* Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 46, Número 182. Brasília: 1993.
- Velloso, Carlos Mário da Silva.** Do Mandado de Segurança e Institutos Afins na Constituição de 1988 *in* Mandados de Segurança e de Injunção, Obra Coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Saraiva: 1990.
- Viera, Luis Alberto.** *Ley de Amparo*, 2ª ed. Montevideo: Idea, 1993.