LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA — LIMITES À DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ

CLOVIS BEZNOS

I

Breve introdução

O chamado "Estado de Direito" caracteriza-se por assegurar aos administrados, frente ao Estado-poder,[1] uma série de direitos. Tais direitos, em nosso ordenamento jurídico, encontram-se elencados, em sua substância, no capítulo IV da Constituição Federal, que também disciplina *as garantias aos mesmos direitos,* sob o título: "Dos direitos e garantias individuais".

Cuidou, pois, a Constituição de não somente relacionar os direitos fundamentais aos indivíduos, mas também de *outorgar-lhes* garantias de defesa, ou *meios de assegurá-los,* instrumentando-os para esse fim, vez que se assim não fosse restariam inutilmente enumerados.

Dentre essas garantias, destacam-se v.g. a contrariedade da instrução criminal (art. 153 § 16); o direito de ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 153 § 15);[2] o direito de petição e de representação aos poderes públicos em

[1] "O Estado, como organização jurídica de um povo em dado território, sob poder supremo, para realização do bem comum dos seus membros, pressupõe, de um lado, a ordenação jurídica do Estado-poder, e, de outro, a do Estado-sociedade. A do Estado-poder diz respeito à sua própria organização jurídica, como meio para consecução do fim do Estado-sociedade, seja nas relações externas, com outros Estados, seja nas relações internas, com sua próxima estrutura política. A do Estado-sociedade se refere à organização jurídica da vida social dos indivíduos que compõem o seu povo, tanto nas suas recíprocas relações, envolvidas mediatamente pela autoridade estatal, como nas relações imediatas desses indivíduos, isoladamente ou em sociedades menores por eles constituídas com o Estado-poder e vice-versa." Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo.* 2. ed. Forense, 1979. v. 1, p. 1.

[2] Ensina Hely Lopes Meirelles que esse direito assegurado constitucionalmente eleva-se à categoria de *princípio* — o princípio de ampla defesa — que traduz, entre nós, o direito

defesa de direito ou contra abusos de autoridade (art. 153 § 30); o direito de confronto judicial dos atos administrativos, vedada a exclusão pela lei do exame pelo Judiciário de lesão de direito individual (art. 153 § 4.º), o *habeas corpus* (art. 153 § 20) e o *mandado de segurança* (art. 153 § 21).

Interessa ao presente estudo *o mandado de segurança,* como *instrumento de defesa, garantido constitucionalmente,* contra *lesão de direito,* decorrente de *ato de autoridade,* ao lado de outra garantia também constitucional — a da impossibilidade de exclusão pela lei do controle pelo Poder Judiciário de ato lesionador de direito individual, conforme o disposto no aludido art. 153, § 4.º.

Diante do raciocínio óbvio no sentido de que, se *a lei não pode excluir a apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito, e ipso facto,* com maior razão, *nenhum ato, emanado de qualquer dos Poderes — Legislativo, Executivo ou Judiciário — o poderá,* em razão da absoluta submissão à lei dos mesmos Poderes, frente ao *princípio da legalidade,* basilar ao ordenamento jurídico pátrio, e traduzido em dispositivo constitucional, conforme se vê do art. 153, § 2.º da Lei Magna, chega-se à primeira conclusão que se quer extrair deste estudo, e que servirá como premissa básica às conclusões finais, assim formulada: "nenhum ato emanado de qualquer dos poderes estatais, inclusive do próprio Poder Judiciário, pode excluir a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão de direito individual".

A segunda conclusão e premissa deste trabalho, e sem dúvida óbvia, é aquela que afirma que, se o *mandado de segurança é assegurado no plano constitucional como meio de defesa* destinado à proteção de direito lesionado por ato de autoridade, *não se pode excluí-lo,* pena de atingimento à Lei Maior, ainda que sob o pretexto de que o mesmo direito poderá ser amparado por outros meios de defesa, pois, como se viu, *a Constituição Federal assegura não somente os direitos que elenca, mas também os meios de defesa dos mesmos, constituindo-se o meio de proteção do direito também em um direito, cuja supressão* ou tentativa de supressão *constitui-se,* por seu turno, em *lesão de direito.*

Pois bem, o presente estudo visa estabelecer o confronto entre as premissas colocadas:

a) a inconstitucionalidade de ato emanado do Poder Judiciário, que exclua a apreciação pelo próprio Poder Judiciário de lesão de direito individual;

b) a inconstitucionalidade, que se constitui também em lesão de direito, da supressão do mandado de segurança como meio de defesa de direito lesionado por ato ilegítimo de autoridade; e a *liminar no mandado de segurança.*

ao "devido processo legal", com origem no *due process of law* do direito anglo-norte-americano. *Direito administrativo brasileiro.* 4. ed. Revista dos Tribunais, 1976.

II

A colocação da questão

Pretende-se demonstrar com o presente estudo que, em determinadas circunstâncias, *a não concessão de medida liminar,* em mandado de segurança implica em flagrante inconstitucionalidade, não somente pelo atingimento do art. 153 § 4.º da Constituição, ao excluir a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão de direito individual, mas também pela vulneração do disposto no art. 153 § 21 do Texto Constitucional, ao ocasionar a irremediável supressão do próprio remédio heróico.

III

A especificidade da sentença concessiva da segurança

A sentença concessiva do mandado de segurança especializa-se no sentido da impossibilidade da substituição por parte da autoridade coatora da satisfação da ordem judicial, por qualquer outra prestação, o que muitas vezes ocorre na esfera privada dos direitos, mormente nas condenações em obrigações de fazer, quando se assegura ao credor, em hipótese de inobservância pelo devedor da satisfação da obrigação no prazo, o direito de sua execução por terceiro à custa do devedor, ou de haver perdas e danos, conforme o art. 633 do Código de Processo Civil, e nas condenações em obrigações de não fazer, quando se garante ao credor, em hipótese de recusa ou mora do devedor, o desfazimento do ato por mandamento judicial arcando o mesmo devedor com perdas e danos nos termos art. 643 o Estatuto Processual.

Tal situação incorre no mandado de segurança, vez que a satisfação da sentença há que necessariamente se verificar *in natura.* Nesse sentido os ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos:[3] "A satisfação da condenação judicial há de ser *in natura,* vale dizer, sem possibilidade de a administração apelar para o cumprimeito da obrigação sob forma substitutiva, o que é facultado, em muitos casos, aos particulares."

E de Hely Lopes Meirelles:[4]

"A *execução* da *sentença* concessiva da segurança é *específica* ou *in natura,* isto é, mediante o cumprimento da providência determinada pelo juiz, sem a possibilidade de ser substituída pela reparação pecuniária" (grifos do autor).

[3] Bastos, Celso Seixas Ribeiro. *Do mandado de segurança.* Saraiva, 1978. p. 6.
[4] Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular.* 7. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 55.

De fato, concedida a segurança deve o coator, mediante o recebimento de ofício expedido pelo juízo nesse sentido, praticar, não praticar ou permitir que se pratique determinado ato, atendendo assim a ordem, cujo descumprimento, no dizer de Celso Ribeiro Bastos "é gravemente apenado (Código Penal, art. 330)",[5] como, aliás, incisivamente adverte Hely Lopes Meirelles:[6]

"O não-atendimento do mandado judicial caracteriza o *crime de desobediência à ordem legal* (Código Penal, art. 330), e por ele responde o impetrado renitente, sujeitando-se até mesmo à prisão em flagrante, dada a natureza permanente do delito" (grifos do autor).

De outra parte, é evidente que tão grave situação não se pode colocar, quando a ordem judicial não puder ser atendida pela *inexeqüibilidade da mesma.* É o que adverte Hely Lopes Meirelles:[7]

"Se o ato ordenado judicialmente depende de tramitação e formalidades administrativas para sua perfeição, deverá iniciar-se imediatamente o seu processamento regular, sob pena de considerar-se desatendida a ordem, *salvo nos mandados inexeqüíveis, caso em que o impetrado deverá oficiar ao juiz, explicando a situação*" (grifamos).

Ora, diante das premissas arroladas, ou seja: a impossiblidade de substituição da satisfação da ordem judicial emanada do *writ,* vez que a mesma deve se verificar *in natura* e o fato de não se poder exigir da autoridade o atendimento dos mandados inexeqüíveis, só se pode acatar por inteiro a veemente crítica, que o preclaro Celso Antônio Bandeira de Mello,[8] ao cuidar da *licitação* e *mandado de segurança,* dirige a certas decisões judiciais, que acolhem pedido da Administração, no sentido de obter a revogação da medida liminar antes concedida à licitante, usando de argumentos, como diz, "capciosos e sofísticos", que arrola:

"Alega, em face da importância e do custo do objeto licitado, que está em causa um interesse público que não pode ser detido por um interesse particular. Aduz, ainda, que não haverá lesão irreparável ao impetrante porque os prejuízos que sofra podem resolver-se em perdas e danos, caso afinal seja concedida a segurança."

Enfrentando tais argumentos, preleciona o ilustre mestre:

"Chega a ser surpreendente que estas alegações possam merecer acolhida judicial. Em primeiro lugar é absurdo falar-se em interesse público à margem da lei. Por definição, o que não aparece como legal é um malefício e não um interesse público.

Em segundo lugar, menos ainda procede o dizer que a possibilidade de composição em perdas e danos afasta a irregularidade da lesão. De logo, vale obser-

[5] Bastos, C. S. R. op. cit. p. 8.
[6] Meirelles, Hely Lopes. op. cit. p. 53.
[7] Id. ibid. p. 53.
[8] Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo.* Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 135-6.

var que o art. 7.º da Lei 1 533, ao prever a liminar, não fala em lesão irreparável, mas na ineficácia da segurança se afinal concedida. Além do mais, *irreparável é a lesão que inviabiliza o específico direito que está sendo postulado e não seu sucedâneo econômico, pois a possibilidade de reparação patrimonial existe sempre que se viola qualquer direito"* (grifamos).

Destarte, pode-se formular a terceira conclusão deste estudo, que por seu turno se constitui também em premissa para a conclusão final pretendida, ou seja: a possibilidade de reparação em perdas e danos, em face da inexeqüibilidade da ordem judicial emanada do *writ* concedido, não é suficiente para atender à garantia constitucional de proteção de direitos, em relação a ato de autoridade, vez que tal proteção implica em assegurar-se ao impetrante da medida que seu direito não seja lesionado e não a sua conversão em pecúnia.

IV

Da medida liminar

Dispõe o art 153, § 21, da Constituição Federal:

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder."

Verifica-se, pois, que a medida liminar não se encontra expressa a nível constitucional, ficando tal tarefa à cargo da lei ordinária, a Lei n.º 1 533, de 31 de dezembro de 1951.

Entretanto, muito embora não exista a previsão constitucional *expressa* da liminar, salta aos olhos que a mesma é absolutamente inerente ao próprio remédio constitucional, que, *destinado à proteção de direito contra ato ilegal de autoridade,* tornar-se-ia letra morta caso não se coibisse desde logo a ilegalidade, como nas hipóteses em que os efeitos do ato lesivo de direito viessem a ocasionar a irreversibilidade da lesão, pela demora do trâmite processual. Disso decorre, inelutavelmente, a conclusão da previsão constitucional *implícita* da liminar, pois não se poderia compreender tivesse pretendido o Constituinte prever um meio de defesa de direito eficiente algumas vezes e inócuo em determinadas circunstâncias.

A nível infraconstitucional, entretanto, a previsão da liminar é expressa. Assim é que o art. 7.º, II da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, estabelece:

"Art. 7.º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

. . . . . .

II — que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida."

Verifica-se, pois, que a lei ordinária condicionou a concessão da medida liminar à ocorrência de dois pressupostos:

a) relevância do fundamento;

b) possibilidade da ineficácia da medida, caso venha a ser deferida a final.

Independentemente de eventual discussão que se pudesse travar quanto a constituir ou não o primeiro dos pressupostos acima elencados, limitação que não decorre do texto constitucional, que não acena com qualquer confinação nesse sentido, passemos à análise dos referidos pressupostos:

A medida liminar, sem dúvida, tem um caráter nitidamente *cautelar,* como se evidencia do segundo dos requisitos necessários à sua concessão. Patenteia-se que, presente o fato da ineficácia da medida caso não se suspenda desde logo o ato impugnado, não resta ao juiz qualquer margem de apreciação discriminatória, no que tange à sua conveniência ou oportunidade, devendo, por esse aspecto, inquestionavelmente conceder a medida liminar.

De outra parte, o mesmo não se verifica com o primeiro dos requisitos: o *fundamento relevante,* onde evidencia-se ter querido a lei outorgar ao julgador uma *competência discricionária* quanto à ocorrência ou não do *fundamento relevante* justificador da *concessão da liminar.*

Permissa venia, para o desenvolvimento da questão reportamo-nos à análise que fizemos da discricionariedade, com lastro nas lições de Afonso Rodrigues Queiró e André Gonçalves Pereira, em nosso *Poder de polícia,* nos seguintes termos:

"A norma jurídica utiliza-se ora de conceitos teoréticos, ora de conceitos práticos. Os conceitos teoréticos têm sentido unívoco, não admitindo mais de uma interpretação. Por seu turno, os conceitos práticos admitem várias interpretações, cabendo ao agente administrativo, nesse caso, escolher o conteúdo mais adequado, albergado pelo conceito para atingir um fim público."[9]

"O poder discricionário constitui-se numa determinada margem de liberdade propositalmente concedida pelo Poder Legislativo à Administração Pública, com a finalidade que esta faça a escolha do comportamento mais adequado para realizar um certo fim público."[10]

[9] "Toda a vida do Estado representa a atuação de um programa e de uma concepção superior legislativa; parte deste programa é formulado com normas, com conceitos teoréticos, parte com conceitos práticos, o que é da natureza das coisas. Os primeiros, pode dizer-se que são executáveis univocamente, os segundos admitem várias interpretações, das quais só uma ou algumas ou todas se harmonizam com o programa ou concepção legislativa ou do regime, no caso que se considera." Queiró, Afonso Rodrigues. A Teoria do desvio do poder. *Revista de Direito Administrativo,* 7(53).

[10] "Trata-se, sim, de cometer à Administração o encargo de eleger a medida ou procedimento mais idôneo à prossecução de uma finalidade pública cuja realização é reputada necessária pelo legislador. Este não se reputa, freqüentemente, na melhor posição para comandar em todos os aspectos e pormenores a atividade administrativa. A sua planificação desta atividade não é em geral, nem convém que seja completa. A administração é a longa *manus* do legislador — é, em suma, a lei em ato." Queiró, Afonso Rodrigues. *Estudos de direito administrativo.* Coimbra, Atlântida, 1968. p. 9.

"Reside a discricionariedade na integração da vontade normativa pela vontade psicológica do agente."[11]

Vê-se, pois, que a discricionariedade jamais prescinde da lei, antes à absolutamente decorrente dela, vez que no dizer de Afonso Rodrigues Queiró,[12] "reina por toda a parte no Estado de Direito":

"... Mas, a noção de poder discricionário — deve isso acentuar-se — é uma *quaestio diabolica* e o é também de certo modo a noção de Estado de Direito. Não se deve, pois, estranhar que se tenha escrito, quase paradoxalmente, que a 'discricionariedade reina por toda a parte no Estado de Direito' como necessária enquadração de motivos extrajurídicos (autônomos) nas progressivas e graduais concretizações de um Direito primário e heterônomo que é como a abóbada do edifício do Estado de Direito, e assim a atividade administrativa não difere da atividade e grau imediatamente superior — a legislativa orinária — senão em que os sujeitos que a realizam são livres e necessariamente livres de juntar à lei alguma coisa de extrajurídico, *un nouvel apport* um *aliquid novi*, já que não se consegue uma rígida execução da norma heterônoma. O poder discricionário aparece, assim, como necessário elemento na gradual formação do direito, ou das normas jurídicas; é ele que as torna sucessivamente mais concretas."

É evidente pois que, como acentua Celso Antônio Bandeira de Mello:[13]

"Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente, o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em conseqüência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.

Além disso, lidando a discricionariedade com conceitos práticos, é evidente que se encontra a mesma limitada aos próprios significados desses conceitos, pena de vulneração da própria norma jurídica que deles se serve.

Presentes essas noções, passemos à análise da expressão: *fundamento relevante.*

O termo *fundamento* não é peculiar apenas ao mandado de segurança, sendo encontradiço dentre os requisitos preconizados pelo art. 282 do Código de Pro-

[11] "Para além de todas as vinculações assume o seu papel a vontade do agente, e reside aí a discricionariedade, cuja característica é o direito reconhecer validade a qualquer solução, a qualquer atuação, que seja decidida pelo agente." Pereira, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no ato administrativo.* Ática, p. 220.

[12] Queiró, Afonso Rodrigues. A Teoria do desvio do poder em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo,* 6(44), out. 1946.

[13] Bandeira de Mello, Celso Antônio. op. cit. p. 63.

cesso Civil, para a petição inicial, que em seu inciso III impõe a indicação de "o fato e os *fundamentos* jurídicos do pedido".

Assim, embora o dispositivo em exame refira-se apenas a *fundamento,* temos para nós que quer o mesmo dizer *fundamento jurídico,* e no caso adjetivado pelo termo *relevante.*

O fundamento jurídico quer significar, sem dúvida, a norma jurídico-positiva a que se subsume a questão de fato, que se pretende questionar em juízo, como esteio do pedido da prestação jurisdicional, e que levará à conclusão pedida, ou como diz Arruda Alvim,[14] aludindo a aquilo que tem o autor o dever de expor na inicial, como fundamento jurídico:

"O autor deve demonstrar que os fatos descritos levam necessariamente à conclusão ou conclusões pedidas, isto é, à relação de causa e efeito entre os fatos jurídicos e o pedido, ou seja, suas conseqüências."

Destarte, vê-se que o fundamento jurídico nada mais é que uma relação de adequação lógica entre os fatos descritos e as conseqüências pedidas.

A *relevância* que se pode exigir desse fundamento jurídico consiste, em nosso modo de ver, apenas e tão-somente na *viabilidade aparente* de que os fatos descritos *possam redundar na conseqüência pedida* no mandamus. Exigir mais do que isso seria impor um prejulgamento do mérito da segurança, para a outorga ou não da liminar.

Assim, permitimo-nos discordar daqueles que, como Celso Ribeiro Bastos,[15] entendem revestir-se a liminar de uma autonomia *relativa* quanto à questão de mérito, salientando que a *irrelevância da fundamentação* se verifica quando:

"Na dedução de uma situação fática que, embora comprovada, apresenta-se antecedida de uma *causa petendi* conducente à convicção, calcada na evidência, da desrazão do impetrante."

Data venia do ilustre autor, entendemos que a desrazão do impetrante quanto ao mérito pode se confundir com a falta de causa para a concessão da liminar, ou seja na ausência de relação de adequação aparente entre os fatos que se descrevem e a conseqüência pedida, mas que tal coincidência não se faz absolutamente necessária, razão pela qual preferimos considerar totalmente autônomo o julgamento da viabilidade da concessão da liminar em relação ao mérito da segurança.

Em conclusão, relevante será o fundamento *possível* dentro do ordenamento jurídico, *capaz* de levar à conclusão pedida pelo impetrante. Assim, v.g., ao se impetrar uma segurança visando obstar ilegítima exigência de tributo, em razão da inconstitucionalidade da exigência, reduz-se, no nosso entendimento, a *relevância do fundamento* apenas à possibilidade albergada no ordenamento jurídico

[14] Arruda Alvim, José Manoel. *Manual de direito processual civil.* Ed. Revista dos Tribunais, 1979. p. 255-6.

[15] Bastos, Celso Seixas Ribeiro. op. cit. p. 24-5.

de, via do *writ*, fulminar-se a exigência tributária ilegítima, em razão de uma relação de adequação *aparentemente lógica*, entre os fatos narrados e a providência pedida.

De qualquer sorte, presente essa relação de adequação aparentemente lógica entre os fatos narrados e a providência pedida, deve, em nosso modo de ver, o juiz atentar muito mais nitidamente sobre o *periculum in mora*, pena de, em muitas circunstâncias, aniquilar o direito constitucional, de defesa, pelo *writ*.

Finalmente, considerando o caráter autônomo da liminar, parece-nos mesmo vedado ao juiz analisar o mérito da segurança para aferir da relevância da impetração.

Resta, para concluir o presente estudo, chamar à colação exemplo concreto daquilo que se pretendeu demonstrar, bem como a sua possível solução jurídica.

V

O caso concreto

O exemplo chamado à colação refere-se à impetração de segurança para invalidar exigência do Imposto Sobre Operações de Câmbio, segundo o Decreto-lei 1 783, de 18 de abril de 1980, com a alteração introduzida pelo Decreto-lei 1 844 de 30 de dezembro de 1980, bem como pelas Resoluções veiculadas pelo Banco Central do Brasil, n.ºs 619 e 672, do Conselho Monetário Nacional, incidente na liquidação de operações de câmbio, relativas à importação de bens.

Tratando o caso concreto de importação de matéria-prima, com similar nacional, de país que, como o Brasil, é signatário do Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio — GATT, fundamentou-se a segurança no art. 98 do Código Tributário Nacional que dispõe: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha", bem como, pelo disposto no art. III do Tratado em questão, *verbis*.

"Art. III .....

1. As partes contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para a venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos em quantidades e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional.

2. Os produtos do território de qualquer parte contratante não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer

espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais. Além disso, nenhuma parte contratante aplicará, de outro modo, impostos ou outros encargos internos a produtos importados ou nacionais, contrariamente aos princípios estabelecidos no parágrafo 1."

Cmo também no art. VIII do mesmo Tratado:

"Art. VIII .....

1. As partes contratantes reconhecem que os direitos e taxas que não sejam os direitos alfandegários impostos pelas autoridades governamentais à importação ou à exportação, ou relativos à importação ou exportação, deveriam limitar-se ao custo aproximado dos serviços prestados e não constituir uma proteção indireta aos produtos nacionais ou taxas de caráter fiscal sobre a importação ou a exportação.

As partes contratantes reconhecem, igualmente, a necessidade de limitar o número e a diversidade desses direitos e taxas, de reduzir ao mínimo os efeitos e a complexidade das formalidades da importação e da exportação e de reduzir e simplificar as formalidades relativas aos documentos a fornecer em matéria de importação e exportação.

.....

4. As disposições do presente artigo se estenderão aos emolumentos, taxas, formalidades e exigências impostas pelas autoridades governamentais em conexão com a importação e exportação, inclusive no que disser respeito:

.....

d) ao controle de câmbios."

E, finalmente, no § 4. do art. XV do Tratado:

"As partes contratantes abster-se-ão de qualquer medida cambial que possa frustrar os objetivos considerados no presente acordo e de qualquer medida comercial que possa frustrar os objetivos visados pelos estatutos do Fundo Monetário Internacional" (grifamos).

Pois bem, impetrada a segurança, determinou o juízo o seu processamento sem conceder a *liminar*.

Ora, o desembaraço aduaneiro da mercadoria importada dependia da liquidação do câmbio, o que impedia o importador da matéria-prima de esperar o desfecho da segurança para desembaraçá-la, pena não só de inadimplemento contratual para com o exportador da mesma mercadoria, mas também da paralisação de suas atividades, não lhe restando outra alternativa senão a de recolher o tributo, cuja exigência entendia ilegítima.

De outra parte, como o mandado de segurança não se presta à repetição do indébito tributário:

"Não se conhece de recurso extraordinário interposto de decisão que denegou segurança utilizada como ação de repetição de indébito..."[16]

E como "Não se admite mandado de segurança contra ato administrativo já irreparável e quando por isso mesmo a execução do mandado ficaria frustrada."[17]

Somente se pode concluir que a não-concessão da liminar no exemplo dado *aniquilou a própria segurança,* embora patentes, conforme o presente estudo, os pressupostos para a concessão da mesma liminar.

A conclusão que se pretende inferir desse caso concreto é que a não-concessão da liminar implicou em vulneração ao direito de confronto judicial de ato lesivo de direito individual, nos termos do art. 153, § 4.º da Constituição Federal, bem como o direito ao uso do mandado de segurança, como meio de garantia de direito individual, conforme o art. 153 § 21 da Carta Constitucional.

Finalmente, inobstante a discricionariedade que existe outorgada ao juízo quanto ao aspecto — fundamento relevante — considerando-se que não pode a mesma discricionariedade extrapolar os limites do próprio conceito que a expressão em questão encerra, pena de desvio de finalidade, sustenta-se a possibilidade do confronto judicial de decisão que denega a liminar, em casos como o mencionado, que em face da inexistência de recurso específico, e suficiente para assegurar o direito lesionado, pela via do próprio mandado de segurança, nos termos do art. 5.º, II da Lei 1 533, de 31 de dezembro de 1951.

VI

Conclusões

a) É inconstitucional ato emanado do Poder Judiciário, que exclua a apreciação pelo próprio Poder Judiciário de lesão de direito individual.

b) É inconstitucional a supressão do mandado de segurança, como meio de defesa de direito lesionado por ato ilegítimo de autoridade.

c) A possibilidade da conversão em pecúnia do direito lesionado, em casos de concessão a final do *writ,* quando por não se ter concedido a liminar venha a se tornar inexeqüível o mandado judicial, não é suficiente para atender à garantia constitucional albergada pelo art. 153 § 21.

d) *Fundamento relevante,* como requisito da liminar em mandado de segurança, quer significar uma aparente relação de adequação lógica entre os fatos descritos e a providência jurisdicional solicitada ao juízo, sendo passível de contraste judicial o desvio de finalidade, consistente na ampliação da realidade que a expressão significa.

16 *Revista dos Tribunais, 457*(264).
17 *Revista dos Tribunais,* 339(189).

e) A liminar é autônoma em relação ao mérito da segurança, sendo vedado ao juiz pretender o exame do mérito do *writ*, para aferir se se encontra presente ou não o requisito do *fundamento relevante*, para a concessão da mesma liminar.

f) Presente o fundamento relevante nos moldes da conclusão acima identificada pela letra *d*, existindo o *periculum in mora*, não pode o juiz deixar de conceder a liminar, pena de supressão da garantia constitucional do *writ*.

g) Em casos como o referido na letra *f*, cabe mandado de segurança contra o despacho que nega a liminar, nos termos do art. 5.º, II da Lei 1 533, de 31 de dezembro de 1951, pela inexistência de recurso específico e suficiente para evitar a lesão de direito.

BIBLIOGRAFIA

Arruda Alvim, José Manoel. *Manual de direito processual civil.* Ed. Revista dos Tribunais, 1979. v. 1.

Bastos, Celso Seixas Ribeiro. *Do mandado de segurança.* Ed. Saraiva, 1978.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo.* Ed Revista dos Tribunais, 1980.

Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo.* 2. ed. Forense, 1979. v. 1.

Beznos, Clovis. *Poder de polícia.* Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular.* 7. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

———. *Direito administrativo brasileiro.* 4. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

Queiró, Afonso Rodrigues. *Estudos de direito administrativo.* Coimbra, Ed. Atlântida, 1968.

———. A Teoria do desvio do poder. *Revista de Direito Administrativo,* 6(44).