

José Henrique Mouta Araújo

MANDADO DE SEGURANÇA

revista
ampliada
atualizada | **7^a**
Edição

2019

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 2

O MANDADO DE SEGURANÇA NA TEORIA GERAL DO PROCESSO

SUMÁRIO • 1. MS como tutela jurisdicional diferenciada com cognição restrita; 2. A formação de procedimento especial sincrético

Após a breve apresentação da evolução histórica do mandado de segurança, é mister enfrentar sua localização na estrutura da teoria geral do processo.

Nesse fulgor, será necessário abordar a formação do processo e do procedimento, para posteriormente enquadrar o mandado de segurança como ação civil, com procedimento especial sincrético.

1. MS COMO TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA COM COGNIÇÃO RESTRITA

Elemento introdutório da mais elevada importância para o enfrentamento do mandado de segurança refere-se ao conceito de *cognição judicial* e a sua influência na formação dos procedimentos.

A análise da teoria geral do processo e do CPC/2015 indicam que o procedimento pode ser comum e especial¹. Um dos elementos que corrobora para a chamada crise do poder judiciário refere-se exatamente à chamada ordinarização do procedimento.

Destarte, a ordinarização procedimental é um peso elevado que pode, muitas vezes, acabar fulminando o direito material que está sendo nele discutido. Ovídio Baptista da Silva apresenta observações importantes sobre o assunto, ao assentar que:

O *pathos* da ordinariedade, como a doutrina brasileira o concebe, tem um compromisso muito claro com o pesado tributo que o direito e as ciências sociais em geral prestam à metodologia das ciências experimentais, ou puramente lógicas, como a matemática, na medida em que, universalizando-se técnicas e soluções procedimentais, o que na verdade se faz é buscar as “uniformidades” de que se nutrem as ciências naturais e as ciências lógicas, quando para o direito o que realmente interessa – na hora em que se haverá de tratar do conflito no plano jurisdicional – não são as identidades genéricas que fazem com que todos os homens sejam iguais, mas precisamente o contrário.²

1 Houve, pelo novo CPC, a extinção do procedimento sumário, sendo cabível para as demandas judiciais, o procedimento comum e especial (art. 318 do CPC/2015).

2 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *A plenitude da defesa no processo civil*. In As garantias do cidadão na justiça. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Org.). São Paulo: Saraiva, 1993. p. 164.

Com isso, percebe-se que a tendência de alcançar maior efetividade à prestação jurisdicional passa pela reflexão e incentivo à formação de procedimentos com base em cognição restrita³ ou pronunciamentos pautados em cognição sumária (*como nas tutelas provisórias de urgência – cautelar ou antecipada – art. 294, parágrafo único, do CPC/2015*).

Em relação ao primeiro, destaca-se a permanência, mesmo com o novo CPC, de procedimentos especiais com restrição cognitiva (*com o mandado de segurança e as ações possessórias*) ou, pelo menos, deixando a cognição ampla condicionada a conduta do demandado, como ocorre, *v.g.*, na ação monitória (art. 702, do CPC/2015)⁴ e na tutela antecipada requerida em caráter antecedente (arts. 303 e 304, do CPC/2015)⁵.

Mister destacar, por oportuno, que os procedimentos especiais normalmente procuram estabelecer maior celeridade à prestação jurisdicional, considerando que restringem o *thema decidendo*. Basta, para isso, mais uma vez, lembrar do mandado de segurança ou da desapropriação, em que é vedada maior dilação probatória e alegações envolvendo nulidade do decreto, respectivamente.

O Novo CPC tem, como um de seus principais alicerces, o estímulo às tutelas provisórias e a satisfação mediante procedimento sincrético, o que atinge também o mandado de segurança.

Nesse novo momento processual, destaca-se o papel do juiz, sabedor de sua função social na efetivação do direito material deduzido em juízo, inclusive, evitando manobras protelatórias e maior efetividade de suas decisões.⁶ José Carlos Baptista Puoli apresenta importante ensinamento sobre a necessidade de solucionar os conflitos, assegurando a quem de direito o que faz jus. De acordo com suas lições:

No que toca aos poderes do Juiz, o primeiro passo na direção da modernidade vem materializado no reconhecimento de que ele é um agente estatal no desempenho de uma função pública cujos objetivos são bem mais amplos do que a mera satisfação das partes envolvidas no litígio. Fala-se da consciência de que, sob um prisma mais genérico, a atividade desempenhada pelo Juiz também tem em vista a necessidade de impor e fazer valer o direito material positivado pelo próprio Estado e pacificar os conflitos ocorrentes na sociedade e que lhe forem submetidos. A compreensão desta característica marca o início da visão publicista do processo a qual, em que pese sua importância,

3 Necessário salientar que Luiz Guilherme Marinoni aponta, no que respeita à cognição no sentido vertical, também a chamada cognição superficial, sendo a menos aprofundada daquela, própria dos juízos de verossimilhança. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 25).

4 Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina identificam a “franca tendência no sentido da proliferação de modalidades de tutela fundadas em cognição judicial *limitada*, no pleno horizontal ou vertical”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*: hipóteses de relativização. Revista de Processo. São Paulo, 2003, p. 87).

5 Uma das grandes novidades do CPC/15 é a estabilização da tutela antecipada requerida de forma antecedente, que poderá ocorrer caso o réu não interponha recurso contra a referida ordem judicial (art. 304).

6 Daí advém o importante papel do juiz na satisfação da tutela jurisdicional por ele declarada, inclusive, mediante as medidas de apoio constantes no art. 536, do CPC/2015. Sobre o a efetividade da decisão judicial, vide: SOUZA JÚNIOR, Aduar Quirino do Nascimento. *Efetividade das decisões judiciais e meios de coerção*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

não importou num imediato e integral expurgo de todos os resquícios do pensamento privatista anteriormente vigente.⁷

Contudo, visando buscar a efetividade da prestação jurisdicional, a solução não passa somente pelo maior incentivo às técnicas de cognição restrita (parcial) no aspecto horizontal.

O mandado de segurança, a rigor, refere-se a técnica de cognição restrita e com tutela provisória liminar. Em última análise, trata-se de tutela jurisdicional diferenciada nos planos horizontal e vertical.

Aliás, o tema “tutela jurisdicional diferenciada” não é novo na doutrina processual,⁸ sempre apresentando preocupação no que respeita à implementação de técnica visando à tempestividade do pronunciamento judicial, objetivando a real e efetiva tutela do direito.

Contudo, antes de se enfrentar as “tutelas jurisdicionais diferenciadas”, se deve discutir o que significa a expressão “tutela jurisdicional” dentro da sistemática processual. Para Ovídio Baptista da Silva, por exemplo, a mesma tem sinônimo de “prestação jurisdicional”, que o juiz apresenta mesmo quando se limita à declaração sobre pressupostos processuais ou condições da ação.⁹

A tutela jurisdicional corresponde à necessidade que todo cidadão tem de acesso à justiça. A prestação jurisdicional deve, portanto, ser assegurada a todos os litigantes. Aliás, como bem destaca o Professor mineiro Humberto Theodoro Júnior:

Todo titular de direito subjetivo lesado ou ameaçado tem acesso à Justiça para obter, do Estado, a tutela adequada (CF, art. 5º, XXXV), a ser exercida pelo Poder Judiciário. Nisso consiste a denominada *tutela jurisdicional*, por meio da qual o Estado assegura a manutenção do império da ordem jurídica e da paz social nela fundada.¹⁰

Na efetivação desta prestação jurisdicional, deve ser assegurada ao litigante a garantia aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e devido processo legal (ou devido processo constitucional).¹¹ Nesse contexto, como bem afirma José Roberto dos

7 PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 21.

8 “É possível conceituar a tutela jurisdicional diferenciada como o conjunto de instrumentos e modelos para fazer o processo atuar pronta e eficazmente, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo os princípios, regras e valores constantes da ordem jurídica”. LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 40.

9 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. nº 29. ano X. RS: Ajuris, 1983. p. 99-126.

10 THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 40. ed. São Paulo: Forense, 2003. v. 1. p. 48.

11 Realmente, em virtude da constitucionalização do processo civil e a necessidade de observância dos princípios constitucionais do processo, vem ganhando força a noção mais abrangente do devido processo legal, como sendo o devido processo constitucional. Sobre esta última expressão, observa J. J. Calmon de Passos: “se quisermos identificar o que, na segunda metade do século XX, representou novidade no campo do direito processual, concluiremos por identificá-la na denominada *constitucionalização do processo*. Decorrência necessária, a meu sentir, dos ganhos democráticos obtidos em termos de cidadania, que se traduziram em mais significativa participação nas decisões políticas de um maior número de instituições e pessoas. A noção do *devido processo legal*, já anteriormente trabalhada pela doutrina, ganhou dimensão nova, revestindo-se do caráter mais

Santos Bedaque, a tutela jurisdicional é “o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial”.¹²

Já Cândido Rangel Dinamarco conceitua tutela jurisdicional como “o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra quem tem razão num processo”.¹³

No contexto da efetividade da prestação jurisdicional, várias espécies de tutela podem ser asseguradas, desde que sejam observados o plano substancial, a própria necessidade do litigante e o direito material discutido no processo. Não é de hoje, por exemplo, que vem se afirmando a insuficiência da tutela condenatória, uma vez que goza que pouca efetividade.

Com base nessa necessidade de sumarização da tutela jurisdicional, aliado ao fato de que a tutela ordinarizada é insuficiente para alcançar a efetividade da prestação jurisdicional e a busca de tutelas aptas a eliminar o dano marginal do processo,¹⁴ é que vem se pensando, nas últimas décadas, quanto à distinção entre tutelas tidas por tradicionais e as tutelas jurisdicionais diferenciadas.¹⁵

Realmente, o direito e o processo caminham de mãos dadas, visando à efetividade da prestação jurisdicional. Logo, devem ser estabelecidos tratamentos diferenciados diante de situações diferenciadas.

Em outra oportunidade, já se mencionou que:

Nesse contexto, o direito e o processo devem ser aderentes à realidade, pelo fato de que as normas que regem as relações sociais devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida.

Já no plano processual, as pretensões materiais novas e diferenciadas procuram uma tutela igualmente diferenciada, rápida, adequada e ajustada a esse compasso, sob pena de o processo caminhar a passos longos rumo à inefetividade e à conseqüente injustiça na decisão.¹⁶

abrangente de garantia do *devido processo constitucional*”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. Revista de Processo nº 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 59).

12 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 36.

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 807.

14 Sobre esse dano marginal ligado à lentidão da tutela jurisdicional, vide: ANDOLINA, Italo. *Gognizione ed Esecuzione forzada nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milão: Giuffrè, 1983. p. 20 et seq. Ainda segundo seus ensinamentos, o dano marginal pode ser visualizado em sentido amplo (como aquele advindo de fatos acontecidos na pendência do processo) e em sentido estrito – ou dano em virtude de indução processual (como o dano suportado pelo autor em decorrência da própria duração do processo).

15 Como bem destaca José Rogério Cruz e Tucci: “tenha-se presente que a locução *tutela jurisdicional diferenciada*, cunhada inicialmente por Proto Pisani, é utilizada para indicar, em contraposição ao procedimento ordinário, a reunião de vários procedimentos – estruturados a partir de peculiaridades de certas categorias de situações substanciais – de natureza plenária ou sumária (cautelar ou sumária *tout court*), e que se apresentam como uma das vertentes para sintonizar a justiça civil às garantias processuais ditadas pelo texto constitucional”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitoria*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 15).

16 ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça e efetividade do processo*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 72.

Enfim, necessário é pensar o processo de acordo com sua função instrumental,¹⁷ com instrumentos aptos à realização do direito material discutido. Fala-se, portanto, nas tutelas jurisdicionais diferenciadas concebidas, de acordo com as lições de Nelson Nery Júnior, como instrumentos mais efetivos à solução da lide ou com mecanismos de agilização da prestação jurisdicional. Exemplos da primeira hipótese são: o mandado de segurança, a ação civil pública, o mandado de injunção e o *habeas corpus* (CF, art. 129, III e LACP, art. 1º). Exemplos da segunda hipótese são: os juizados especiais e a antecipação da tutela.¹⁸⁻¹⁹

As tutelas diferenciadas²⁰ representam tema importante e de extrema relevância quando se observa em conjunto com o estudo da cognição, considerando que podem ensejar cognição restrita (exemplo: os procedimentos especiais – o mandado de segurança, a desapropriação, etc.), e/ou cognição sumária (exemplo: tutela antecipada antecedente – art. 303 e 304, do CPC/15). Não se pode olvidar, outrossim, que a utilização das tutelas diferenciadas busca satisfazer *com efetividade* a necessidade traduzida no direito material. Como bem ensina Kazuo Watanabe:

Se de um lado há exigências próprias do direito material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do direito processual, não somente quanto à natureza do provimento (aqui o ponto maior de aderência ao reclamo do direito material), como também no tocante à duração do processo, à eventual antecipação da tutela, à intensidade e à amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos. Necessário é, bem por isso, que as “águas” se misturem de todo, aceitando os defensores de uma tendência os resultados mais significativos alcançados pela outra, sem os preconceitos que os distanciam.²¹

Ora, se as tutelas diferenciadas normalmente traduzem a necessidade de maior efetividade/menor tempo de duração da litispendência, uma importante perspectiva de superação dos entraves encontrados no processo (ou o dano marginal, na expressão de Italo Andolina)²² é a ampliação dessas formas de tutelas jurisdicionais. Não se deve olvidar, por outro

17 Acerca do papel da efetividade, Cintra, Dinamarco e Grinover aduzem que, falar em instrumentalidade no sentido positivo é “alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ‘*ordem jurídica justa*’. Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos *objetivos a atingir*, como também conhecer e superar os *óbices* econômicos e jurídicos que antepõem ao livre acesso à justiça”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 43).

18 NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 46.

19 Vale lembrar que o CPC/15 disciplinou, a partir do art. 294, as tutelas provisórias, fundadas em urgência e evidência, sendo a tutela antecipada uma espécie da primeira.

20 Ada Pellegrini Grinover ensina que: “Nesse sentido, chamaremos ‘tutela diferenciada’ aquela que se contrapõe à obtida pelo procedimento ordinário, considerado o paradigma das formas processuais em boa parte do século passado, por possibilitar a solução dos conflitos de maneira segura, cercando o exercício da função jurisdicional das mais plenas garantias e culminando com a sentença de mérito e a estabilidade da coisa julgada”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. Revista de Processo. nº 121. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 11).

21 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 25.

22 Dano que poderá ser suportado pelo autor em virtude da demora na solução da controvérsia. Sobre o assunto, Italo Andolina observa que: “è opportuno mettere da parte queste considerazioni e concentrare l’attenzione sul danno che l’attore subisce nelle more del procedimento: esso può convenientemente definirsi como <marginale>, in quanto va progressivamente ad aggiungersi a quello eventualmente già sofferto anteriormente alla proposizione

lado, que as tutelas diferenciadas não podem servir de violação aos princípios constitucionais das partes (especialmente quanto ao demandado).²³ No máximo, é possível discutir a colisão entre princípios, preponderando provisoriamente o da efetividade da tutela jurisdicional, como ocorre nos casos de tutela antecipada *inaudita altera pars*.²⁴

A realização do direito material, portanto, caminha no sentido de repensar as tutelas diferenciadas e a sua ampliação, visando implementar processos sumarizados. Nesse sentido, observa Rogério Aguiar Munhoz Soares que:

Nem todo direito requer ampla defesa e contraditório: o direito pode ser evidente (liquidez e certeza) ou apenas verossímil, e o processo deve ser construído em função dessas diferenças.

Tais desenvolvimentos, desde que abraçados com convicção, aproximarão o exercício da jurisdição de resultados direcionados à efetividade da prestação concedida em face das pretensões apresentadas, adaptando-se na medida do possível o processo às necessidades da realização do direito material, para especializá-lo, ao invés de ordinarizá-lo, como atualmente se verifica, em face do predomínio da estrutura processual (e mental) do “processo de conhecimento”.²⁵

Portanto, a consagração de um maior número de tutelas diferenciadas tende a ensejar maior efetividade na tutela jurisdicional, com técnicas de cognição sumária (profundidade) e/ou restrita (extensão), sem que se venha a afirmar que há violação a princípio constitucional do litigante. Trata-se de verdadeira adaptação da tutela jurisdicional ao direito material discutido, prestigiando a tutela jurisdicional efetiva.²⁶

della domanda. Ora va rilevato che, in pendenza del processo, l'unico dato di sicura rilevazione è l'entità quantitativa del danno marginale (e del correlativo vantaggio accumulato dal convenuto), mentre non è ancora assolutamente in grado di stabilire se esso sia *secundum ius* o *contra ius*; una qualificazione giuridica nell'uno o nell'altro senso potrà essere operata soltanto successivamente, cioè quando, compiutosi il cammino del processo, si potrà disporre dell'accertamento definitivo (dell'esistenza o dell'inesistenza) del diritto dell'attore”. (ANDOLINA, Italo. *Gognizione ed esecuzione forzada nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milão: Giuffrè, 1983. p. 17).

- 23 Aliás, Donaldo Armelin já destacou a problemática envolvendo a tutela diferenciada e a garantia das partes. De acordo com suas lições, a adoção de tipos de tutelas diferenciadas “tende a favorecer o pólo ativo da relação processual, na medida em que são eles concebidos precipuamente com o propósito de acelerar a prestação jurisdicional. Por isso mesmo, indispensável se torna a cautela na sua adoção, para se evitar a violação do tratamento isonômico das partes litigantes e a vulneração do princípio assegurador da paridade de armas no processo”. (ARMELIN, Donaldo. *Tutela jurisdicional diferenciada*. Revista de Processo nº 65. São Paulo: RT, 1992. p. 46).
- 24 Cândido Rangel Dinamarco indica a necessidade de renunciar a dogmas, exemplificando exatamente os casos envolvendo liminares *inaudita altera pars*. Pela clareza e objetividade, vale transcrever suas lições: “Com esse espírito, há muito as técnicas processuais vêm mitigando o rigor dos princípios em certos casos, para harmonizá-los com os objetivos superiores a realizar (acesso à justiça) e vão também, com isso, renunciando a certos dogmas cujo culto obstinado seria fator de injustiças no processo e em seus resultados. Exemplo vivo dessa postura são as medidas cautelares ou antecipatórias concedidas *inaudita altera pars*, que trazem em si alguma transgressão à garantia constitucional do contraditório, justamente porque não são precedidas de qualquer manifestação do demandado; mas ninguém ousa repudiar essas medidas urgentes, sabedores que somos de que elas são o instrumento adequado e apto a oferecer uma tutela jurisdicional que, se ficar para depois, poderá tornar-se impossível, menos útil ou mesmo desprovida de qualquer utilidade”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 16).
- 25 SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 73.
- 26 Aliás, Antônio Carlos Marcato observa que: “decorre do exposto a necessidade (não apenas jurídica, mas sobretudo de pacificação de conflitos) de o Estado-juiz conceder ao interessado uma *tutela jurisdicional efetiva*,

O mandado de segurança se enquadra exatamente nesse contexto, eis que objetiva a melhoria da prestação jurisdicional com técnicas de sumarização do conflito.

Mas, afinal de contas, onde está enquadrado o mandado de segurança na teoria geral do processo?

2. A FORMAÇÃO DE PROCEDIMENTO ESPECIAL SINCRÉTICO

Como já mencionado, o mandado de segurança trata-se de ação civil, com procedimento consagrado na Lei 12.016/09, de 07 e agosto. Indaga-se: procedimento é comum ou especial?

Visando responder esta indagação, mister traçar algumas diretrizes de teoria geral do processo.

Com efeito, o tema central da teoria processual refere-se à trilogia “ação, jurisdição e processo”, este último como relação jurídica processual a fim de solucionar as crises do direito material, influenciada na teoria de Oskar Von Bülow.²⁷

No modo de ser do processo, destaca-se a sua realização mediante fatos, atos e negócios jurídicos processuais, organizados no procedimento.

Segundo o magistério de Adroaldo Furtado Fabrício:

*Processo é o conjunto mesmo dos atos entre si encadeados e orientados no sentido da solução do litígio, ao passo que por procedimento se designam a ordem, a forma e a disposição desses atos na série, variáveis segundo as exigências da relação de Direito Material afirmada, ou segundo outras necessidades ou conveniências que impressionaram o legislador.*²⁸

No âmbito do procedimento, é possível observá-lo, na fase de conhecimento, como comum²⁹ e especial (interno, como aquele previsto no próprio CPC e externo, estabelecido por legislação extravagante).

até porque, vedando ele a realização da justiça pelo particular e assumindo, correlatamente, o poder-dever de prestá-la através do devido processo legal, de modo algum se justifica, principalmente sob o ponto de vista do destinatário da tutela, um resultado que não tenda ao seu reclamo – abstraídas, evidentemente, circunstâncias alheias ao processo, como, por exemplo, a insolvência do devedor diante de uma sentença de condenação”. (MARCATO, Antônio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 25).

27 A doutrina do processo como relação jurídica processual teve forte influência de Bülow, como bem observam Cintra, Grinover e Dinamarco: “essa doutrina é devida a Bülow, que a expôs em 1868 em seu famosíssimo livro *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, unanimemente considerada como a primeira obra científica sobre direito processual e que abriu horizontes para o nascimento desse ramo autônomo na árvore do direito e para o surgimento de uma verdadeira escola sistemática do direito processual civil”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 288). Destarte, na obra de Bülow, traduzida para vários idiomas, observa-se claramente a defesa da autonomia da relação jurídica processual, inclusive aduzindo que “não somente o direito subjetivo, mas também o objetivo experimenta uma transformação por meio do processo”. (BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: LZN, 2005, p. 7).

28 FABRÍCIO, Adroaldo F. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. RJ: Forense, 2002. v. 8. t. III. p. 3.

29 O CPC/15 unificou o procedimento comum, não existindo mais a sua divisão em ordinário e sumário que existia no CPC/73 (arts. 318 e seguintes, do CPC/15).

Assim, em apertada síntese e deixando de lado outras discussões típicas de teoria geral do processo, mister destacar que o procedimento integra o processo, assim como a moldura integra o quadro, organizando-o para chegar ao seu final.³⁰

Utilizando as lições de Cândido Rangel Dinamarco, é possível destacar que a coordenação das atividades exercidas no procedimento passa necessariamente por quatro elementos:

- a) a indicação dos *atos a realizar*;
- b) a determinação da *forma* de que cada um deles se revestirá;
- c) o estabelecimento da *ordem sequencial* a ser observada entre eles; e

d) a *diversificação estrutural* entre diversos ou muitos conjuntos de atividades e a destinação dos modelos assim instituídos às diferentes espécies de tutela jurisdicional postulada (a pluralidade dos procedimentos existentes em uma ordem jurídica: ordinário, sumário, etc.).³¹

No âmbito do processo de conhecimento, é possível observar na Parte Especial, Livro I, Título I, do CPC/15, a presença do procedimento comum, deixando para o Título III os chamados procedimentos especiais.³²

Outrossim, a maior celeridade da prestação jurisdicional passa necessariamente pela análise da cognição no seu duplo aspecto: no plano horizontal, implementando procedimento com cognição restrita, e no plano vertical, com técnicas de cognição sumária (como aquelas ligadas às tutelas de urgência).

A cognição restrita é típica dos procedimentos especiais, mesmo sendo aplicável, subsidiariamente, as regras do procedimento comum, *ex vi* art. 318, parágrafo único, do CPC/15. Necessário destacar, por oportuno, que alguns procedimentos são necessariamente especiais (do início ao fim), enquanto outros apenas o são no início e outros nem especial podem ser considerados, em que pese constar em legislação específica, como no caso da ação civil pública, embora seja prevista na Lei nº 7.347/85, segue o procedimento ordinário.³³ A especialização do processo é, em última análise, técnica de aprimoramento da prestação jurisdicional.

30 “O processo jurisdicional, como se sabe, é uma entidade complexa, que se revela sob dois aspectos: internamente, o processo se manifesta como uma relação jurídica de Direito Público, entre o Estado-Juiz e as partes. Contém, pois, o processo uma relação jurídica, tradicionalmente designada *relação processual*. Este o aspecto intrínseco do processo. Externamente, porém, o processo se manifesta com outro aspecto, revelando-se como um procedimento que se desenvolve em contraditório. Este o aspecto extrínseco do processo. Verifica-se, assim, que o processo não é uma relação jurídica, mas que – em verdade – ele *contém* uma relação jurídica; nem se pode dizer que o processo é um procedimento em contraditório, mas sim que ele se apresenta exteriormente como tal”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2003. v. 3. p. 295).

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 2. p. 444.

32 Sem entrar na polêmica discussão, há registro em doutrina no sentido de que os procedimentos especiais não fazem parte unicamente do processo de conhecimento, considerando que a sua maioria contém uma fase, um momento, executivo. Contudo, prefere-se afirmar que fazem parte do processo de conhecimento, cujas decisões são *efetivadas* mediante técnicas mandamental ou executiva.

33 Antônio Carlos Marcato vai mais além, ao observar que: “os procedimentos especiais diferenciam-se do ordinário com maior ou menor intensidade, sendo bastante frequente que em alguns deles aquele rito passe a

Com efeito, quando se analisa o procedimento especial há a necessidade de proteção maior de um bem material também especial. Em apertada síntese: altera-se o procedimento visando à tutela efetiva do direito material nele discutido.

José Joaquim Calmon de Passos afirma que:

A especialidade do procedimento deve ser, portanto, uma exceção, só justificável em face da absoluta necessidade de se atender a algo tão específico que seria disfuncional e até lesivo adotar-se na sua inteireza o procedimento ordinário. O que se impõe como técnica e politicamente correto é ter-se um procedimento ordinário excelente, porque ele é o meio a ser empregado na esmagadora maioria dos casos. Pésimo, política e tecnicamente, será optarmos por deixar inadequadamente regulado o que deve servir para quase-totalidade dos litígios e nos perdermos em elucubrações cerebrinas para institucionalizar excepcionalidades.³⁴

A preocupação é relevante e merece profunda reflexão. Nos últimos anos (quicá nas últimas décadas), os reformistas vêm se preocupando com o procedimento comum, inclusive, estabelecendo alterações visando abreviar a solução do litígio, bastando lembrar as ocorridas em: 1994, 1996, 1998, 2001, 2002, 2005 e 2006.

Isso também foi objeto das modificações advindas do CPC/15, inclusive ocasionando a uniformização dos antigos procedimentos sumário e ordinário. De acordo com o novo diploma processual, há apenas o procedimento comum (art. 318, do CPC/15) e o especial (interno e externo).

Contudo, mesmo existindo grandes reformas, a *crise* (de efetividade da prestação jurisdicional) ainda é a *palavra de ordem*. Reformar nem sempre significa melhorar, tendo em vista que, muitas vezes, a intenção pode ser a melhor, mas os resultados podem ficar aquém do esperado.

Logo, além das reformas que ocorreram e ainda estão ocorrendo no procedimento comum, uma alternativa para o real alcance da efetividade da tutela jurisdicional passa pela adaptação do procedimento à realidade do direito material.

Neste fulgor, defende-se, concomitantemente à simplificação do procedimento, a necessidade de implementação de outras demandas com procedimento especial, ao lado das até agora existentes, como o próprio mandado de segurança.

Destarte, só se está destacando a necessidade de se repensar, como ocorreu com a monitória em 1995, a criação de novos procedimentos especiais, que possam corroborar com o alcance da máxima identidade entre o direito material e a tutela processual.³⁵

vigorar a partir de um determinado momento, até o provimento final. Assim, há procedimentos especiais diferenciados do ordinário apenas por acréscimo de um ato inicial (como ocorre nas ações possessórias de força nova), outros são inicialmente especiais, mas conversíveis ao ordinário (v.g., ação de reintegração de posse de bem alienado com reserva de domínio), alguns inicialmente especiais, mas conversíveis ao rito das cautelares (v.g., ação de nunciação de obra nova) e outros, finalmente, irredutivelmente especiais (v.g., inventário)". (MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 10. ed. São Paulo Atlas, 2004. p. 74).

34 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Teoria geral dos procedimentos especiais: procedimentos especiais e legislação extravagante*. Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr. (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4.

35 Luiz Orione Neto também identifica nas razões de direito material a adoção de procedimentos especiais. De acordo com suas lições: "a existência de procedimentos especiais decorre de *razões de direito material*. Com

As questões a serem feitas são: devem se ampliadas as situações ensejadoras de procedimentos especiais? Deve ser estimulada a criação de novas técnicas de restrição procedimental?

Aos intérpretes cabe o desafio de enfrentar estas indagações. É fato que o procedimento do mandado de segurança enquadra-se nestas técnicas de sumarização do conflito, com decisões sincréticas.

Nesse momento, torna-se necessário abrir um parêntese para enfrentar o problema do sincretismo processual. Após o trânsito em julgado da sentença condenatória de quantia (isso se não for o caso de execução provisória), antes das reformas processuais ocorridas no final de 2005, no CPC/73, havia a necessidade de nova provocação da jurisdição, mediante novo direito de ação,³⁶ desta feita visando à demanda executória com base em título executivo judicial.³⁷

A Lei nº 11.232/05 consagrou importante alteração em relação a este raciocínio, considerando a previsão de ampliação das técnicas executivas *sem intervalo* (redação dada ao art. 475, I do CPC/73), além de estimular o *sincretismo processual* com a nova análise do conceito de sentença de mérito, como o pronunciamento que interliga as fases de conhecimento e de cumprimento do julgado.

O CPC/15 também consagra este entendimento, inclusive alterando o conceito de sentença, para deixar claro que se trata de pronunciamento final de interligação das fases de conhecimento e cumprimento, com regra (art. 203, § 1º, do CPC/15).

Nesse sentido, falar em autonomia do processo de execução (e, portanto, autonomia da ação executiva) é enfrentar tema complexo e que requer profunda atenção. Com efeito, se tem debatido com maior vigor, nesse novo século, diante das reformas ocorridas no

efeito, há pretensões jurídico-materiais que reclamam, como necessária ou conveniente, a correspondente existência de um tipo especial, como necessária ou conveniente, a correspondente existência de um tipo especial de processo". ORIONE NETO, Luiz. *Teoria geral dos procedimentos especiais*. Procedimentos especiais: legislação extravagante. Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 20-1.

36 É fato, nesse aspecto, que o direito de ação é público subjetivo mesmo no que respeita à tutela executiva. Falava-se em autonomia da ação de execução, no regime anterior à Lei 11.232/05. Aliás, sobre a natureza do direito de ação, Nery Júnior observa que: "o direito de ação é um *direito público subjetivo* exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial". (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 98). Já Roberto Rosas sintetiza afirmando que: "O poder de agir é um direito público subjetivo consistente na faculdade do particular fundada em uma norma de direito público". (ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 51).

37 Aliás, no CPC anterior, existiam as chamadas ações executivas. Contudo, como se pode observar na exposição de motivos do Código de 1973: "a ação executiva nada mais é do que uma espécie de execução em geral; e assim parece aconselhável reunir os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Sob o aspecto prático são evidentes as vantagens que resultam dessa unificação, pois o projeto suprime a ação executiva e o executivo fiscal como ações autônomas". (CÉSPEDES, Lúvia, PINTO, Antônio Luiz de Toledo, WINDT, Maria Cristina Vaz dos Santos. *Código de processo civil*. (Colab.). 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 12). Liebman ensina, sobre a ação executiva, ainda mencionando o CPC de 1939 e diferenciando a execução da sentença, que: "a ação executiva, ao contrário, é cabível nos casos indicados no art. 298, do Código de Processo Civil e, não tendo sido precedida de outro processo, oferece no próprio curso do seu desenvolvimento oportunidade para o exame da existência do direito cuja execução se pleiteia". (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2001. p. 26).