

# 102

**DIRETORES:**

ANGELITO A. AIQUEL (responsável),  
JAMIL A. AIQUEL E JOÃO PEDRO DA CONCEIÇÃO



# Revista Jurídica

ÓRGÃO NACIONAL DE DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA,  
LEGISLAÇÃO E CRÍTICA JUDICIÁRIA



## DO MANDADO DE SEGURANÇA E DA AÇÃO CAUTELAR

FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS

Desembargador do Tribunal de Justiça  
do Estado do Ceará

### I — INTRODUÇÃO

SUMÁRIO: 1. A controvérsia sobre a admissibilidade do mandado de segurança contra provimentos judiciais. Necessidade de sistematização. — 2. Cabimento do "writ" em hipóteses excepcionais. Subjetivismo no exame de casos concretos. Aplicação da maneira "tópica" de pensar? — 3. Jurisprudência sumulada.

1. A controvérsia acerca da admissibilidade do "writ of mandamus" contra provimentos processuais não constitui problema recente. Ao contrário, é contemporânea da gênese do instituto, pois, desde os primórdios de sua criação, em 1934 (art. 113, n.º 33, da Constituição Federal, então vigente), regulamentado por meio da Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, que assim foi a primeira lei a disciplinar o mandado de segurança, no Brasil, o seu cabimento contra ato jurisdicional constitui questão tormentosa para os doutrinadores e, sobretudo, para os magistrados.

Quase cinco décadas depois de instituído o excepcional remédio jurídico, não se vislumbra perspectiva de pacificação entre as correntes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da temática, a curto prazo, de tal sorte que achamos só através de esforço uniformes e conjunto dos processualistas, dos constitucionalistas, dos juizes, advogados e promotores, plenamente conscientizados da imperiosa necessidade de todos trilharem um caminho comum, pode ser equacionado o problema e sistematizada sua solução.

Nesse sentido, alguns apelos, algumas chamadas, já foram efetuados e formulada uma gama variada de colaborações. VITOR NUNES LEAL talvez tenha sido um dos primeiros a criticar a indis-

pensabilidade de uma sistematização: é dele a observação, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, já revogado (arts. 319 e seguintes), contra o “casuismo” da jurisprudência brasileira (“Questões pertinentes ao mandado de segurança”, in “Problemas de direito público”, Rio, Forense, 1960, págs. 442 e 463). Esclarece melhor o autor:

*“Em primeiro lugar, cumpre observar que no mandado de segurança há (ou deve haver) um problema de cabimento e um problema de mérito, perfeitamente distintos. Esses problemas não de ser tratados separadamente, sobretudo para se firmar uma doutrina segura para os casos de cabimento, que devem ser definidos em função de requisitos externos, facilmente discerníveis. Uma vez feito isso, nada impede que os regimentos dos tribunais outorguem ao relator competência para decidir essa questão prévia. Já o Supremo Tribunal deu um primeiro passo nesse sentido (mas com reservas e sem querer formar doutrina), ao aprovar um despacho do min. RIBEIRO DA COSTA, que indeferiu liminarmente um mandado de segurança, por entender que não era cabível contra decisão judicial da qual a parte recorreu extraordinariamente” (ob. cit., pág. 443;*

O processualista J. J. CALMON DE PASSOS, em excelente monografia sobre a “quaestio juris” (“Do mandado de segurança contra atos judiciais”, 1962, inserida na coletânea “Estudos sobre o mandado de segurança”, editada em 1963, pela seção guanabarina do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil), a merecer reedição pela abrangência do estudo, profundidade da reflexão e firmeza de posições, não apenas anunciou as dissensões doutrinárias, no campo puramente teórico e a medrar nos tribunais, contestou veementemente muitas colocações restritivas à adoção do mandado de segurança contra atos do juiz, criticou outras menos incisivas, como ofereceu uma tentativa de construção ordenada do cabimento da ação mandamental contra atos judiciais, “in latu sensu”, sem deixar de reconhecer a necessidade de posteriores complementações. Adiante, algumas referências serão feitas à obra do mestre baiano.

O Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, de igual forma, em magistral e erudito voto, proferido no RE 76.909-RS (RTJ 70/504-522), deixando à margem a cômoda solução que a interpretação literal da Súmula 267 ensejaria, e a reconhecer a “aflição controversa”, além de fazer um estudo minucioso da jurisprudência do Supremo Tribunal e reexaminar a questão ao lume dos subsídios

doutrinários, também conflitantes, ofertou sua inestimável contribuição. “Em suma”, diz o eminente jurista, a rematar seu mencionado voto, “condições para a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial são, para mim a não-suspensividade do recurso acaso cabível, ou a falta de antecipação de eficácia da medida de correição a que também alude a lei, uma ou outra somadas ao dano ameaçado por ilegalidade patente e manifesta do ato impugnado e, com menor exigência relativamente a tal ilegalidade, àquele efetiva e objetivamente irreparável”. Tornaremos a examinar algumas das doutíssimas considerações do ex-ministro do Pretório Excelso.

Mais proximamente, duas obras específicas sobre os discutido tema vieram de novo agitar o assunto, a conter valiosos suplementos. Referimo-nos aos trabalhos de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal”, São Paulo, Saraiva, 1978) e do Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, KAZUO WATANABE (“Controle jurisdicional e Mandado de segurança contra atos judiciais”, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1980).

2. Muitas dúvidas persistem; inúmeras são as facetas da discussão e, a cada dia, ganha terreno a afirmação, desprovida de qualquer conteúdo científico, de ser o mandado de segurança admissível contra atos judiciais, em hipóteses excepcionais; sem vistas a situações de ordem geral, reversamente, ao sabor do subjetivismo na apreciação do caso concreto.

Essa situação, nos leva a meditar: estaríamos diante de uma hipótese de aplicação da maneira de pensar “tópica”, segundo as especulações do alemão THEODOR VIEHMEG? Seriam bastantes, a dar uniformidade às soluções, os “topoi”, aceitos pela doutrina e pela jurisprudência, tais como a noção de legalidade, de jurisdição, de direito líquido e certo, de dano iminente? ou a “teratologia” de certos julgados é que regeria o cabimento do “writ”?

Inobstante o merecido respeito que temos pelos ensinamentos do jurista Prof. PAULO BONAVIDES, não acreditamos aplicar-se às garantias processuais suas conclusões: “A Constituição representa pois o campo ideal de intervenção ou aplicação do método tópico em virtude de constituir na sociedade dinâmica uma “estrutura aberta” e tomar, pelos seus valores pluralistas, um certo teor de indeterminação... Com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples “topoi”, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa” (O método tópico de interpretação cons-

titucional", na Rev. do Curso de Direito, da UFC, Fortaleza, 1981, vol. XXII/2, págs. 68/69). É que achamos carecerem de normas e sistema as garantias processuais, insculpidas na constituição, tanto quanto as demais medidas processuais, daí manter o ordenamento a primazia em relação ao problema. No mais, não questionamos.

3. A continuar, dir-se-ia estarem as normas expressas na legislação pertinente à ação mandamental, complementada pela jurisprudência sedimentada nas Súmulas 267 e 268, do Supremo Tribunal Federal, a saber:

*"Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição."*

*"Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado."*

Tais extratos da jurisprudência têm sido suficiente para afastar a problematicidade? Evidentemente, não. As súmulas apresentam uma enganosa aparência de soluções, nem sempre redeclaraadas pelos tribunais. O próprio Supremo encarregou-se de mitigá-las, a abrandar suas aplicações; na mesma senda, os tribunais estaduais. Temos exemplos de segurança como verdadeiro sucedâneo de recursos; a conferir meramente efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou à apelação de efeito apenas devolutivo (ilegalidade patente face à lei processual e erro em que já incidimos, como julgador); como correição de atos judiciais, inclusive de coisa julgada material; mandado de segurança impetrado contra decisão em mandado de segurança; a obter a declaração de ineficácia de medida cautelar e como substituto de ação cautelar.

Ccm relação às últimas constatações, é nítida a preferência dos advogados pelo remédio heróico, chancelada pelos tribunais, mesmo diante dos requisitos específicos da ação cautelar inominada, sendo esta relegada ao esquecimento e substituída pela ação mandamental, de suporte constitucional, nominal e intrinsecamente mais relevante. E é exatamente essa opção que nos faz tentar colocar algumas proposições sobre tão palpitante tema, no sentido de pôr o amparo constitucional no seu devido pedestal, sem provocar as turbulências que vem acarretando na ordem jurisdicional ou, como disse VITOR NUNES LEAL, sem ser usado "como panacéia judiciária, capaz de curar todos os males, subvertendo as regras mais solidamente estabelecidas no nosso direito processual" (ob. cit., pág. 441).

## II — REFLEXÕES SOBRE A SOBERANIA DO ESTADO PROJETADO NA JURISDIÇÃO.

SUMARIO: 4. Conceito de jurisdição. — 5. A jurisdição como exercício da soberania do Estado. Questões.

4. CHIOVENDA, de quem o conceito de jurisdição é generalizadamente aceito, afirma: “função do Estado que tem como escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, eficaz” (“Instituições de Direito Processual Civil”, trad. brasileira, São Paulo, Saraiva, 1943, vol. II, § 19, n. 137, pág. 11).

Destacam os processualistas nacionais, nessa definição, dois traços caracterizadores da jurisdição: a) o caráter substitutivo; e b) o escopo de atuação do direito (conforme KAZUO WATANABE, ob. cit. e ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO, in “Teoria Geral do Processo”, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1983, 3.<sup>a</sup> ed.).

Derivam, contudo, essas linhas do mesmo vértice, que é o poder assentado na soberania do Estado.

5. A jurisdição é exercida soberanamente, no moderno Estado-de-direito. Sem aquele poder não teria nenhuma eficácia a substituição dos particulares, nem a finalidade da atuação do direito objetivo.

O recitado des. WATANABE, em seu elogiado trabalho, assevera, com propriedade:

*“A jurisdição é considerada como poder, no plano da soberania estatal...” (pág. 22).*

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, do mesmo modo, asseguram:

*“Como poder, é manifestação da própria soberania nacional, exercida pelos órgãos estatais competentes (no caso, pelos juizes)”.* (ob. cit., pág. 83).

OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA (“Jurisdição”, in “Teoria Geral do Processo Civil”, de parceria com outros, Porto Alegre, Letras Jurídicas Editora, 1983), em cujas considerações conclusivas muito se aproxima da doutrina de CHIOVENDA, também nota que:

*“Na concepção de CHIOVENDA, estão, portanto, presentes os seguintes elementos: 1º) a soberania estatal pressupõe duas funções bem distintas, uma delas destinada a produzir o direito, ou seja legislar; a segunda destinada a atuá-lo”. (pág. 37).*

Nessa atuação está incluída, como é óbvio, a atividade do juiz. A CALMON DE PASSOS, na sua mencionada obra, não escapou uma asserção, embora indireta, sobre a projeção da soberania na atividade jurisdicional. Diz o renomado autor:

*“O juiz é o terceiro imparcial que julga super partes. Vale dizer que, sendo estranho à relação litigiosa, substitui-se aos litigantes no interpretar o comando legal e aplicá-lo. Realiza, pois, a aplicação autoritativa do direito, por haver faltado a aplicação voluntária, que se apresentava como dever dos particulares, em razão da incidência: o encontro dos fatos da vida com os fatos da lei”. (pág. 85).*

De tudo, resume o truísmo: a jurisdição é exercício de soberania do Estado.

Por isso, questiona-se: a jurisdição, como emanção da soberania estatal, admitiria o ataque extraordinário através do mandado de segurança, para a modificação de provimentos judiciais, normalmente sujeitos a revisão, na instância recursal? o pronunciamento de um agente especial do Estado, investido da função jurisdicional, sem que ele pronunciasse o “non liquet”, por comodidade ou diante de uma lide complexa, ou negasse, por parcialidade, o direito à provocação do exercício dessa mesma jurisdição, justificaria a ação mandamental? Os erros “in procedendo” ou “in judicando” legitimariam o abandono dos recursos ordinários, através dos quais se efetiva a garantia da dupla instância e se obtêm as correções dos erros, em troca de uma ação, sem contraditório entre particulares? Violado não estaria, nesse caso, um princípio basilar da própria jurisdição? Que organização política-jurídica-social seria essa a desgarantir o que ela própria assegura?

Mas, esses são temas para outras reflexões.

### III — O MANDADO DE SEGURANÇA E O “JUICIO DE AMPARO” CONTRA ATOS JUDICIAIS.

SUMÁRIO: 6. O mandado de segurança e o “juicio de amparo”: garantias constitucionais. — 7. Origens do “juicio de amparo”. — 8 Criação do “recurso de amparo”, na Espanha. — 9. Indiferença quanto à qualificação da autoridade, para efeito de cabimento do “writ”. — 10. Restrições à admissibilidade do “writ”. Atcs judiciais dos quais cabem recursos ordinários.

6. A proteção a direito individual líquido e certo, não amparado por "habeas corpus", diante de ato de autoridade praticado ilegalmente ou com abuso de poder, forma específica de ilegalidade, está assegurada no patamar constitucional, pelo mandado de segurança (art. 153, § 21, da Const. Federal).

No México e na Espanha, países eleitos por nós, para comparações, face conterem direito semelhante — o "juicio de amparo" — a garantia não escapa à regra: em ambas nações, foi elevada a nível de prestação "de imperium" constitucional.

7. O "juicio de amparo" mexicano é mais que centenário: suas origens remontam à Constituição do Estado de Yucatan, de 1840, conforme registro do min. ALFREDO BUZUID ("Juicio de amparo" e mandado de segurança (contrastes e confrontos)", na Rev. de Dir. Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 1966, 5.º vol. págs. 30/70). Efetivamente, informa IGNACIO BURGOA:

*"Rejón (\*) juzgó conveniente y hasta indispensable la inserción en sua Carta Política de varios preceptos que instituyeran diversas garantías individuales, consignando por primera vez en México como tal la libertad religiosa, y reglamentando los derechos y prerrogativas que el aprehendido debe tener, en forma análoga a lo que preceptúan las disposiciones de los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución vigente.*

*Mas lo que verdaderamente constituyó un progreso en el Derecho público mexicano, fue la creación del medio controlador o conservador del régimen constitucional o amparo, como él mismo lo llamó, ejercido o desempeñado por el Poder Judicial, con la ventaja de que dicho control se hacía extensivo a todo acto (ato sensu) anticonstitucional" (pág. 115).*

*(\*) Manuel Crescencio Rejón, jurisconsulto e político, autor da Constituição Yucateca, de 1840.*

Dezessete anos após, no bojo da Constituição Federal de 1957, foi criado, em todo estado mexicano, o "juicio de amparo", atualmente previsto na Constituição Política dos Estados Unidos do México, de 1917. A conceituação genérica do "juicio de amparo", consoante BURGOA é a seguinte:

*"Hemos dicho que el amparo es un medio jurídico que preserva las garantías constitucionales del gobernado contra todo acto de autoridad que las viole (fracción I del art. 103 de la Constitución); que garantiza en favor del particular el sistema competencial exis-*



tente entre las autoridades federales y las de los Estados (fracciones II y III de dicho precepto) y que, por último, protege toda la Constitución, así como toda la legislación secundaria, con vista a la garantía de legalidad consignada en los artículos 14 y 16 de la Ley Fundamental y en función del interés jurídico particular del gobernado. En estas condiciones, el amparo es un medio jurídico de tutela directa de la Constitución y de tutela indirecta de la ley secundaria, preservando, bajo este último aspecto y de manera extraordinaria y definitiva, todo el derecho positivo.

Por otra parte, el amparo se sustancia en un procedimiento jurisdiccional e contencioso, incoado por el gobernado particular y específico que se siente agraviado por cualquier acto de autoridad que origine la contravención a alguna garantía constitucional (y portanto, a la Constitución misma o a cualquier ordenamiento secundario al través de la garantía de la legalidad). O transgresión a la esfera de competencia entre la Federación y los Estados" (ob. cit., págs. 173/174).

8. Na Espanha, somente com a implantação do regime republicano, em 1931, surgiu o "recurso de amparo" ("seguramente copiada la denominación de la de nuestra institución de control", diz com indisfarçável orgulho IGNACIO BURGOA). A constituição daquele ano, entretanto, teve vida efêmera, em virtude do golpe de estado de 1936 e foi substituída por um estatuto chamado "Fuero de los Españoles".

Em 1978, com a Espanha a constituir-se num Estado social e democrático de Direito, sob a forma de governo monárquico parlamentar (art. 1.º, incs. 1 e 3, da Constituição Espanhola), ressurgiu o "recurso de amparo" para "garantizar la tutela de los derechos y libertades reconocidos en los artículos de la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título referido a los Derechos Fundamentales" (ENRIQUE SANCHEZ GOYANES, Madrid, Ed. Paraninfo S.A., 1981, pág. 327).

9. Dessas concepções generalizadas, uma coisa é certa: tanto no direito brasileiro, como no direito mexicano e no direito espanhol, para o cabimento do mandado de segurança, realmente, não importa a qualificação da autoridade a violar direito líquido e certo, entre nós, direitos individuais do homem ou direitos fundamentais e libertades públicas constitucionais, entre os outros: nenhuma das três constituições compulsadas faz qualquer distinção a respeito da origem, vinculação decorrente de função ou outras qualidades da autoridade; pode ser executiva, legislativa ou judiciária.

A confirmar nossas assertivas preliminares, o já tantas vezes citado BURGOA, em comentário ao art. 103 da Constituição mexicana-

na, enfatiza: "...según la fracción primeira del mencionado precepto de la ley Suprema, el sujeto passivo de la acción de amparo, es decir, aquel contra quien se dirige, está constituido en términos generales por cualquier autoridad estatal, de cualquier naturaleza política o constitucional que sea, que viole las garantías individuales por una ley o un acto en sentido estricto" (ob. cit., pág. 319).

Faz-se mister não esquecer, porém, estender-se a garantia do "amparo", no México, contra todas as leis e atos "que violen las garantías individuales" (art. 103, I, da Const. mexicana). Quer dizer, admite-se o "juicio de amparo" contra a lei em tese, o que é vedado no Brasil (segundo BÜZÁID, alguns autores mexicanos manifestam-se contra tal permissibilidade). De mais a mais, o "amparo" faz as vezes do "writ" brasileiro e ainda do nosso "habeas corpus", e, além de tudo, ataca a sentença definitiva, nos casos previstos no art. 107, da constituição daquele país. Como verificamos, cuida-se de um instituto de conceito e aplicação muito vastos.

De resto, a reafirmar nosso entendimento, anota o constitucionalista espanhol ENRIQUE SANCHEZ GOYANES: "el recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios y agentes" (ob. cit., pág. 328).

10. Todavía, disso não se pode deduzir que todo ato, ilegal, violador de direito líquido e certo, de direitos e liberdades constitucionais, deve ser corrigido por intercessão da medida judicial extraordinária de que se cura.

A lei brasileira reza:

*"Art. 5.º Não se dará mandado de segurança quando se tratar:*

*I — de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução;*

*II — de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção;*

*III — de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial'.*

No México, é a própria constituição quem dita: cabe o "amparo" "contra sentencias definitivas o laudos respecto de los cuales

no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados,..." (alínea a, do inc. III, do art. 107, da Constituição); "contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluído, una vez agotados los recursos que en su caso procedan" (alínea b, do mesmo inc. e art.) e, finalmente, "contra actos que afecten a personas extrañas al juicio" (alínea c, idem). Constate-se, em linhas gerais, ser imprescindível o exaurimento da fase recursal, prevista nas leis processuais, salvo, nas hipóteses em que o movimento afeta pessoas estranhas à lide (também exceptuam-se as ações relativas ao direito de família).

A Lex Magna espanhola, por outro lado, condiciona o "recurso de amparo" à exaurição dos recursos estabelecidos na legislação processual. É o que informa GOYANES:

*"4.º) Actos emanados de órganos judiciales: Actos u omisiones de órganos judiciales que originen violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo. Se trata de acciones u omisiones del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas vienen a producirse, acerca de los que, en ningún caso, entra a conocer el Tribunal Constitucional. El plazo para interponer el recurso de amparo es de veinte días a partir del momento en que se notifica la resolución recaída en el proceso judicial; pero la interposición del recurso de amparo, en este caso, exige dos requisitos:*

*1. Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.*

*2. Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello" (ob. cit. pág. 155).*

Diante de disposições tão claras, a regulamentar garantias constitucionais bem mais amplas e elásticas do que o nosso "writ", não causa nenhuma surpresa, de igual forma, condicionar a legislação ordinária, elaborada sem nenhuma ofensa à lei maior, no Brasil, o cabimento do mandado de segurança à inexistência de qualquer recurso prescrito na lei processual, tenha ou não efeito suspensivo.

Dissemos que a condição imposta pela lei comum não arranha a Constituição, porque outras garantias ali estão explícitas e implícitas, de maneira a completar o rol dos direitos à jurisdição, conferidos pela lei maior a todos cidadãos.

Assentadas tais premissas, passemos a outras.

#### IV — DOS REQUISITOS DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATOS JUDICIAIS.

SUMÁRIO: 11. Correntes acerca do cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais. — 12. Posições dos ministros XAVIER DE ALBUQUERQUE e RODRIGUES ALCKMIN

11. Historia o outras vezes referido CALMON DE PASSOS a existência, no Brasil, de três filões doutrinários, a propósito da debatida questão: a dos que defendem, radicalmente, o não cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais; a dos adeptos, dentre os quais o renomado autor, da mais ampla admissibilidade contra todo ato, dês que violador do direito tutelado, inclusive contra a coisa julgada; e, por fim, a dos aglutinados entre os extremos, a formar uma gama variadíssima de opiniões.

Para nós, a primeira corrente é indefensável, pois, como demonstramos, o "writ" cabe contra ato de qualquer autoridade, administrativa, legislativa ou judiciária: basta não caber recurso ou reclamação (correição), cogitando-se de ato judicial; a última não oferece estabilidade à função jurisdicional, mormente quando se trata de coisa julgada, sob a proteção da Constituição, da Lei de Introdução ao Código Civil e do Código de Processo Civil, como medida de defesa do demandado, antes de discutir o mérito (mas isso é matéria para apreciação em outro estudo).

12. Por tais razões, tomemos o pronunciamento de um moderado, não sem antes lembrar ser a corrente intermediária tão multifacetada que parece cada caso concreto ter a sua terapêutica. Recorramos à recordada lição do min. XAVIER DE ALBUQUERQUE. Para ele, os pressupostos do mandado de segurança contra atos judiciais são os seguintes:

*"Não aceito que o só fato de não ser suspensivo o recurso cabível do ato que se quer impugnar, seja bastante para autorizar o uso do mandado de segurança. A ser assim, chegar-se-ia à conclusão, que me parece estranha a anômala, de admitir o writ contra todas as interlocutórias agraváveis por instrumento, salvo aquelas em relação às quais a lei permite ao juiz atribuir ao agravo o efeito de suspender a decisão recorrida, e assim mesmo, quanto a estas, de admiti-lo quando o juiz, no uso ponderado da faculdade que lhe confere a lei, entendesse de não impor a suspensividade. Consequência mais estranha e mais anômala seria, nessa mesma linha, admitir-se o writ contra decisões apeláveis e apeladas, mas sem efeito suspensivo, por expressa disposição legal, ou, pelo menos, contra os desvachos que, obedecendo à lei, recebessem tais apelações no só efeito devolutivo.*

*A não-suspensividade do recurso cabível é, certamente, para mim e creio que para todos, condição necessária à admissibilidade do mandado de segurança . . . Mas não é, nem pode ser, condição suficiente.*

*O dano irreparável, ameaçado pelo ato que se quer impugnar, parece-me idôneo e útil à solução de cada caso concreto. Este, porém, é critério de determinação a priori igualmente difícil, não tanto quanto à eficácia danosa do ato questionado, como quanto à efetiva irreparabilidade do mal ameaçado, se concretizado. Por isso, afastado, de logo, pelo menos em sua generalidade, o dano ex jure, cuja irreparabilidade se tem como adjeta da ilegalidade do ato causador.*

*.....*  
*Quanto ao dano real, que resulta da sua própria natureza, apertou-lhe as cravelhas da irreparabilidade, na qual ponho ênfase definitiva e da qual faço certa aproximação, ainda que em termos elásticos, com a impossibilidade objetiva de reparação" (RTJ 70/515).*

Resumindo, além dos requisitos gerais do mandado de segurança, isto é a ocorrência de violação de direito individual, líquido e certo, por força de ato de autoridade, reúne XAVIER DE ALBUQUERQUE as condições da não-suspensividade do recurso e o dano real iminente, sem reparabilidade objetiva, como pressupostos de cabimento da ação mandamental.

O pronunciamento de outro ministro da Colenda Corte também merece toda nossa atenção. Trata-se do voto do min. RODRIGUES ALCKMIN, a apreciar o mesmo caso em que se colheu o voto atrás, parcialmente, transcrito (RE n.º 76.909-RS, RTJ 70/504-522).

Depois de declarar como norma geral, não caber mandado de segurança contra despacho que comporte recurso, ainda que sem efeito suspensivo, admitiu o douto julgador não impor a regra "interpretação de absoluta rigidez, que não comporte temperamento", e acrescenta:

*"E em três considerações fundamento essa restrição à regra geral: a primeira é a de que tão imperiosa é a necessidade de proteger lesão de difícil e incerta reparação a direito, ainda não reconhecido pela sentença que o nosso sistema processual erigiu, como uma das formas fundamentais da tutela jurisdicional — a par do processo de cognição e do de execução — o processo de acautelamento.*

*Destina-se ele, precipuamente, a conjurar o periculum in mora.*

*A segunda consideração é a de que, em caso específico — no tocante a recurso sem efeito suspensivo, como o agravo de instru-*

mento, o legislador, quando a possibilidade de dano de incerta ou difícil reparação se faz manifesta, dá remédio para que se evite tal dano: manda suspender o próprio processo, se não bastar a sustação da ordem impugnada (C. Pr. Civ., artigo 843, § 2.º).

Finalmente, a própria L. 1.533, com a liminar sustação do ato impugnado, tutela o bom direito aparente do impetrante (fundamento relevante do pedido) diante de prejuízo irreparável (ineficácia da proteção finalmente outorgada, pelo *periculum in mora*)” (RTJ 70/516-517).

Os votos foram proferidos em 1973, antes, portanto, da vigência da atual lei do processo civil. Atente-se, pois, para a referência feita pelo min. RODRIGUES ALCKMIN à matéria codificada, correspondente hoje ao art. 558, que outorga poderes ao juiz, enquanto o agravo não tiver subido, e ao relator, para suspender a execução da medida, até a decisão da câmara, nos casos de prisão de depositário infiel, adjudicação, remição de bens ou de levantamento de dinheiro sem caução.

#### V — DOS PRESSUPOSTOS DA TUTELA CAUTELAR E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO CAUTELAR

SUMARIO: 13. Tutela cautelar: definição. Pressupostos da tutela cautelar, segundo OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA. — 14. Condições da ação cautelar. Requisitos do “*fumus boni juris*” e do “*periculum in mora*”, para a procedência da pretensão cautelar.

13. O precitado OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA define a “tutela cautelar” como “uma forma particular de proteção jurisdicional predisposta a assegurar, preventivamente, a efetiva realização dos direitos subjetivos ou de outras formas de interesse reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, sempre que eles estejam sob ameaça de sofrer algum dano iminente e de difícil reparação, desde que tal estado de perigo não possa ser evitado através das formas normais de tutela jurisdicional”. (“Teoria da ação cautelar”, capítulo da obra retro mencionada, pág. 325).

É ainda o mesmo autor, a se destacar dentro da nova safra de processualistas brasileiros, na especialidade, quem relaciona os seguintes pressupostos da tutela cautelar: a) a iminência de dano irreparável, pelo “*periculum in mora*”; b) a temporariedade, ou seja, a emergencialidade da tutela, até que a sentença final decida, em definitivo, a relação de direito material; c) a sumariedade da cognição judicial (*fumus boni juris*), com a possibilidade de defe-

rimento liminar — *inaudita altera parte* — da pretensão à conservação ou à segurança; d) a “situação cautelanda”, ou seja, “a uma situação de direito material ou de direito processual a que se dá proteção”, como ensina BAPTISTA DA SILVA; e, por último, a “interditalidade da sentença cautelar”, isto é, a natureza mandamental, imperativa da sentença cautelar (“A sentença cautelar, à semelhança dos antigos interditos romanos é provimento dotado de uma dose mais intensa de *imperium*, em detrimento da *notio*. Por meio dela o juiz mais ordena do que julga. A eficácia preponderante da sentença cautelar há-de ser, por força, o mandamento, a ordem, para que se faça alguma coisa, sem que o juiz, ao ordenar, desde logo condene o mandado, ou declare existente o direito eventual a cuja proteção se destina a medida cautelar” — ob. cit. págs. 335/336).

Os elementos que constituem a tutela cautelar não dizem respeito à ilegalidade ou abuso de direito de atos da autoridade judiciária, dirigente do processo; a relação desses requisitos é com a situação carente de medida protetiva. Daí falar a lei processual civil, impropriamente, em dependência do processo cautelar ao processo principal, impropriedade afastada pela evidente autonomia do processo cautelar, mesmo que, como querem alguns, não tenha caráter satisfativo, e sim apenas assecuratório.

Acrescente-se que, antes da constatação dos elementos a compor a tutela à segurança, reunidos em um determinado momento, há um poder geral de cautela, à disposição do juiz, a fim de conjurar os riscos a que todo litigante se expõe, face à natureza temporal do processo. Fosse possível ao julgador decidir a questão de imediato, incorreriam perigos; no entretanto, como o processo requer uma série de atos encadeados a demandar um lapso qualquer de tempo até o desaparecimento da relação processual, existe a possibilidade de um dano irreparável objetivamente frustrar a pretensão substancial.

14. Quanto às condições da ação cautelar, obviamente submetida às condições gerais da ação (art. 267, VI, do C.P.C., a compreender a “possibilidade jurídica”, a “legitimidade das partes” e o “interesse processual”), socorremo-nos, mais uma vez, de OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, o qual, em excelente monografia, depois de um extenso estudo sobre as teorias de doutrinadores italianos e pátrios, leciona: “Pressupostos ou condições da ação cautelar são o temor de dano jurídico decorrente de uma situação objetiva de perigo; e a plausibilidade do direito invocado por quem pretenda segurança”. (“As ações cautelares e o novo processo civil”, Rio, Forense, 1980, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 65).

Afasta o autor o "periculum morae", porque, conforme explica, acarreta a "idéia inafastável de dependência do processo cautelar, em primeiro lugar, e em segundo porque o dano jurídico que se pretende evitar não provém do perigo de demora decorrente da tutela jurisdicional satisfativa". "Se não houver", conclui, "além desse elemento, mais a situação objetiva da periclitacão do interesse, não se comporá o suporte da açao cautelar (Ugo Rocco, *Tratatto*, v. V, p. 44 et sequens)" (ob. cit. por último, pág. 65).

A respeito dos pressupostos do "fumus boni juris" e do "periculum in mora", que, segundo BAPTISTA DA SILVA, ZANZUCCHI denominou condições da açao cautelar, "correspondem ao mérito, à *res in iudicium deducta*" (idem, pág. 74). Concordamos, integralmente, com a lição, posto que, com efeito, não se pode cogitar de carência de açao cautelar, mas sim, de procedência ou não da pretensão satisfativa.

#### VI — CONCLUSÃO

Muitos, como vimos, são os primados comuns em tema de mandado de segurança e de açao cautelar, a ponto de pensarmos que, em inúmeros casos de mandado de segurança contra provimentos judiciais, dos quais não caiba recurso com efeito suspensivo (tais como em hipóteses de despejo, de reintegração liminar de posse e até em recursos extraordinários) a utilização da cautelar inominada ou genérica, em substituição à açao mandamental propriamente dita, é a chave da questão. Sobretudo porque a cautelar não pede o requisito da ilegalidade do ato e do direito líquido e certo a amparar, para sua procedência, mas apenas uma "plausibilidade do direito que se diz ameaçado" e o "perigo de dano decorrente de uma situação anormal" (OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, in "As açoes cautelares e o novo processo civil", pág. 53).

Superaria essa substituição de uma medida processual por outra, o problema da expectativa de correção do erro contido na decisão, descartado o aspecto da ilegalidade ou não do ato jurisdicional, sem o dano decorrente da execução provisória ou do cumprimento da ordem judicial. Quer dizer: enquanto aguardava a parte a solução da lide equivocadamente decidida, em 1.º grau, a açao cautelar escudaria, sem grandes dificuldades, a situação "cautelanda".

Em verdade o que se percebe, em muitas circunstâncias, é a necessidade de uma ordem, para resguardar uma situação em que há impossibilidade de ressarcimento objetivo, caso a parte sucumbente, momentaneamente, saia vitoriosa, no final. Dêsse comando



são dotadas tanto a ação mandamental como a ação cautelar: no "writ" sobressai, acima de tudo, a ordem a repor as coisas ao estado em que se achavam, antes do ato impugnado; ou a mantê-las, como se encontravam, afastada a ameaça do ato violador; na ação cautelar, há determinação, seja para adoção de medidas acautelatórias provisórias (art. 798 do C.P.C.), seja para "autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução", como a lei prescreve (art. 799), seja para a adoção de medidas específicas previstas no estatuto do processo civil (arts. 813 a 888).

Outrossim, tanto no "writ of mandamus" quanto na ação cautelar, o pedido pode ser deferido liminarmente, sendo suspensos os efeitos dos atos ameaçadores dos direitos do requerente, com a conveniência de, na cautelar, inexistir a ofensa ao princípio do contraditório, manifesto quando a parte contrária, no litígio quanto à relação de direito material, não for citada como litisconsorte no mandado de segurança.

Dis-se-ia que são muitas as dificuldades para o processamento da cautelar, em 2.º grau, perante os tribunais, tendo em vista a indefinição da autoridade competente para o deferimento da liminar, antes de distribuída a ação cautelar e muitas outras, cujo exame não se comporta neste trabalho. Lembramos, contudo, que a ação rescisória se processa nos tribunais, sem maiores dificuldades, e tudo se resolverá em âmbito regimental ou mesmo jurisprudencial.

Verificamos finalmente, para concluir, que os requisitos para o cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais, dos quais não caiba recurso com efeito suspensivo, além de seus próprios pressupostos, conforme jurisprudência do Supremo, em abrandamento à Súmula 267, de certa forma coincidem com os mesmos elementos a justificar o exame do mérito da ação cautelar.