

Coordenadores

CASSIO SCARPINELLA BUENO
EDUARDO ARRUDA ALVIM
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

Aspectos polêmicos e atuais

DO MANDADO DE SEGURANÇA

51 anos depois

ADILSON ABREU DALLARI / ADRIANO PERÁCIO DE PAULA /
ANTONIO CÉSAR BOCHENEK / ARLETTE INÊS AURELLI /
CARLOS ALBERTO DE SALLES / CARLOS EDUARDO NICOLETTI CAMILLO /
CASSIO SCARPINELLA BUENO / CRISTIANO CHAVES DE FARIAS /
EDILTON MEIRELES / EDUARDO ARRUDA ALVIM / EDUARDO TALAMINI /
ERIK FREDERICO GRAMSTRUP / FERNÃO BORBA FRANCO /
FREDIE DIDIER JR. / GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA /
JOÃO BATISTA LOPES / JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI /
JOSÉ HORÁCIO CINTRA GONÇALVES PEREIRA / LEONARDO CASTANHO MENDES /
LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO CRUZ / LUCIA VALLE FIGUEIREDO /
LUIZ OTÁVIO SEQUEIRA DE CERQUEIRA / LUIZ ORIONE NETO /
MARCELO LIMA GUERRA / NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS /
NEY JOSÉ DE FREITAS / PEDRO DA SILVA DINAMARCO / REGINA HELENA COSTA /
ROSEMIRO PEREIRA LEAL / SERGIO FERRAZ / SERGIO NOJIRI /
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER / THALES MORAIS DA COSTA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança : 51 anos depois / coordena-
dores Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim
Wambier. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Bibliografia

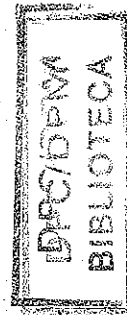
ISBN 85-203-2255-7

I. Mandado de segurança - Brasil I. Bueno, Cassio Scarpinella. II. Alvim, Eduardo
Arruda. III. Wambier, Teresa Arruda Alvim.

02-2276

CDU-347.919.6(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Mandado de segurança : Processo civil
347.919.6(81)



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

347.958(81)
A 86
DRC/DPM

Coordenadores

CASSIO SCARPINELLA BUENO
EDUARDO ARRUDA ALVIM
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

**Aspectos polêmicos e atuais
DO MANDADO DE SEGURANÇA
51 anos depois**

ADILSON ABREU DALLARI / ADRIANO PERÁCIO DE PAULA / ANTONIO CÉSAR BOCHENEK / ARLETTE INÊS AURELLI / CARLOS ALBERTO DE SALLES / CARLOS EDUARDO NICOLETTI CAMILLO / CASSIO SCARPINELLA BUENO / CRISTIANO CHAVES DE FARIAS / EDILTON MEIRELES / EDUARDO ARRUDA ALVIM / EDUARDO TALAMINI / ERIK FREDERICO GRAMSTRUP / FERNÃO BORBA FRANCO / FREDIE DIDIER JR. / GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA / JOÃO BATISTA LOPES / JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI / JOSÉ HORÁCIO CINTRA GONÇALVES PEREIRA / LEONARDO CASTANHO MENDES / LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO CRUZ / LUCIA VALLE FIGUEIREDO / LUIS OTÁVIO SEQUEIRA DE CERQUEIRA / LUJZ ORIONE NETO / MARCELO LIMA GUERRA / NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS / NEY JOSÉ DE FREITAS / PEDRO DA SILVA DINAMARCO / REGINA HELENA COSTA / ROSEMIRO PEREIRA LEAL / SERGIO FERRAZ / SERGIO NOJIRI / TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER / THALES MORAIS DA COSTA

0144

© desta edição: 2002

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

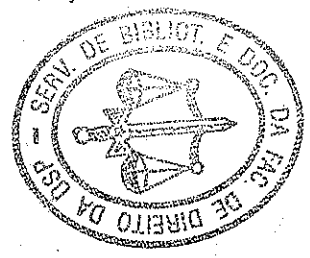
CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Rua do Bosque, 820 • Caixa Postal 678
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (07-2002)

ISBN 85-203-2255-7



35676/02

APRESENTAÇÃO

Simultaneamente fundamental e polêmico é o tema sobre o qual versa a presente coletânea de doutrina. Há polêmicas antigas, ainda não resolvidas, e outras novas, fruto da necessidade de adaptação da doutrina do mandado de segurança às alterações legislativas posteriores. O assunto exerce certo fascínio sobre grande parte da doutrina brasileira. Envolve constitucionalistas, administrativistas, processualistas. A lei básica que disciplina o mandado de segurança é a Lei 1.533, de 1951, contando, portanto, com mais de meio século.

Por todas essas razões, tomamos a iniciativa de reunir autores que gentilmente se dispuseram a colaborar conosco nesta empreitada de abordar temas novos e visitar antigos, sempre altamente polêmicos, reunindo seus textos nesta obra coletiva.

Contamos, honradíssimos, com trabalhos de eminentíssimos administrativistas Lucia Valle Figueiredo e Adilson Abreu Dallari, professores do curso de mestrado e doutorado da PUC-SP, cujos nomes dispensariam apresentações elogiosas, não fosse pelo prazer de quem as faz. Lucia Valle Figueiredo está entre as juristas mais sérias e profundas da atualidade. Sempre foi juíza talentosa e coerente, magnífica professora, sempre sustentou com coragem e firmeza seus pontos de vista; Adilson Dallari, administrativista por vocação, jurista agudo e preciso, autor de páginas primorosas, advogado combativo.

Ambos nos deram a alegria de contribuir com a elaboração de trabalhos para esta coletânea.

Sergio Ferraz, jurista de feições peculiares, que trafega com familiaridade no direito constitucional, no direito administrativo, no processo civil e em tantos outros ramos do Direito, sempre encantando seus leitores e seus ouvintes, com o discurso denso e palavra fácil, também contribuiu para com esta coletânea.

Entre os mais eminentes processualistas brasileiros, está um dos que conosco colaborou, João Batista Lopes. Também professor do curso de

Correto o entendimento de referido autor, eis que o mandado de segurança contra ato judicial será cabível sempre que for o único meio eficaz para resguardar o direito da parte e tornar a tutela pleiteada efetiva. Além disso, como o mandado de segurança contra ato judicial pretende atacar o ato judicial eivado de ilegalidade, é evidente que também visará à preservação do devido processo legal, ou seja, da manutenção de um processo justo, com sentença justa.

Entendemos serem essas as considerações mais importantes a serem feitas sobre o estudo dos recursos e a ação de mandado de segurança.

V – MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATOS JUDICIAIS: AS SÚMULAS 267 E 268 DO STF REVISITADAS

CARLOS ALBERTO DE SALLES

Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela USP. Professor do mestrado da Universidade Católica de Santos (Unisantos) e do curso de Direito da FAAP. Promotor de Justiça em São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Mandado de segurança: remédio para as imperfeições do sistema jurisdicional – 2. Formulação e revisão da Súmula 267 do STF – 3. O mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recursos – 4. O problema do efeito suspensivo no agravo de instrumento e sua superação – 5. Mandado de segurança: ainda cabível contra ato judicial? – 6. A segunda reforma dos arts. 523 e 527 do CPC (Lei 10.352/2001): 6.1 Efeito ativo do agravo de instrumento; 6.2 O deferimento do efeito suspensivo na apelação (art. 558 do CPC) – 7. Situações remanescentes de cabimento de mandado de segurança contra ato judicial – 8. Mandado de segurança contra decisão transitada em julgado e a Súmula 268 do STF – 9. Mandado de segurança para delimitação da extensão subjetiva da coisa julgada – 10. Outros casos de cabimento do mandado de segurança em face da coisa julgada – 11. Mandado de segurança e ação rescisória – 12. Conclusão – Bibliografia.

1. Mandado de segurança: remédio para as imperfeições do sistema jurisdicional

A discussão sobre o cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais é matéria extremamente propícia para localizar e avaliar situações nas quais o sistema jurisdicional não apresenta respostas adequadas ou suficientes para a efetiva proteção dos direitos das partes, seja por falhas operacionais do aparato judiciário do Estado, seja por imperfeições na disciplina processual dessa atividade estatal.

Nessas situações, o mandado de segurança serve como uma espécie de válvula de escape do sistema jurisdicional, propiciando um remédio

não entregue, de modo definitivo, a prestação jurisdicional assegurada pela Constituição. O mandado de segurança, nestes casos, outro objeto não tem senão o de assegurar a efetivação da garantia outorgada pelo art. 5.º, inc. LV, da Constituição, a que ambas as partes, aliás, têm direito, de modo a que se chegue a uma sentença potencialmente efetiva". *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 123.

para resguardar o interesse das partes no processo. Trata-se, evidentemente, de uma medida excepcional, destinada à correção de falhas que, por falta de um mecanismo eficaz do próprio processo, possam levar a lesão grave ou de difícil reparação aos direitos das partes. A necessidade da via mandamental surge da inexistência ou da falta de eficácia de instrumentos nas normas ordinárias de processo – geralmente recursos –, que sejam capazes de evitar a consumação de uma lesão aos interesses das partes.¹

O mandado de segurança, tradicionalmente, é voltado ao controle da legalidade de atos da administração.² “Quando se fala em ato do Estado, pensa-se logo em ato do Executivo, em ato administrativo. Este é o objeto normal do mandado de segurança”.³ Sob o enfoque de sua utilização concreta atos judiciais, praticados no exercício da jurisdição, torna-se medida destinada a sanar problemas decorrentes do funcionamento do próprio sistema jurisdicional. Por isso, esse instituto melhor se define como uma medida judicial destinada a submeter ao controle do Poder Judiciário todos os atos estatais, neles incluídos, também, aqueles de natureza judicial.⁴

(1) Comentando o caráter complementar do mandado de segurança, v. WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980, p. 105: “sua inserção no contexto do sistema de instrumentos processuais pré-ordenados à tutela de direitos se dá com função complementar, isto é, para cobrir as falhas existentes no sistema criado pelo legislador ordinário”. Sustentando que o mandado de segurança somente é cabível na ausência de outro meio para ato judicial, TJSP, MS 178.556-1-SP, rel. Des. Villa da Costa, 04.08.1993.

(2) Nesse sentido a afirmação de VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Do mandado de segurança*. São Paulo: s. ed., 1953, p. 199-200: “O mandado de segurança é o remédio que cabe ao particular para anular as medidas de execução, possessórias ou acautelatórias, que a administração pode, sem intervenção judicial, efetivar. O mandado de segurança é, pois, se nos for permitida a metáfora, o antídoto dessas medidas”. Destacando essa serventia do instituto, v. CARDOZO, José Eduardo Martins. A auto-executoriedade dos atos da administração pública e o mandado de segurança. *Revista do Advogado* 21/97-101, n. 64, out. 2001.

(3) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Mandado de segurança contra ato judicial. *Revista do Advogado* 21/97, n. 64, out. 2001.

(4) Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. O mandado de segurança: contribuição para o seu estudo. *RePro* 66/125-126, abr.-jun. 1992.

Poder-se-ia, sem risco de erro, estabelecer uma equação entre as imperfeições do sistema processual e o cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais. Quanto mais imperfeito o sistema, tanto maior a necessidade de utilização do mandado de segurança. Ou, a contrário sensu, quanto melhor formuladas as normas processuais, tanto menor a necessidade de lançar mão da medida constitucional. Não por outra razão, espera-se um impacto positivo das reformas do Código de Processo Civil sobre a frequência com que o mandado de segurança vinha sendo utilizado para suprir falhas do sistema processual.

Certamente, ainda mais complexo e, por essa mesma razão, mais significativo o cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado. A respeito desse tema, assaz polêmico, pelo menos três coisas vêm à mente em um primeiro momento: a existência da Súmula 268 do STF, que de maneira peremptória afasta a possibilidade de mencionada; o papel da coisa julgada na manutenção da certeza e segurança jurídica; e, por fim, o cabimento de ação rescisória para combater a perpetuação da injustiça de certas decisões.

Nada disso, entretanto, conforme se tentará demonstrar a seguir, pode afastar a excepcional utilização do mandado de segurança para correção de situações extremas, mesmo que protegidas pela coisa julgada. Da mesma forma que o mandamento da Súmula 267 do STF não impediu uma generalizada utilização do mandado de segurança contra atos judiciais passíveis de recurso, também o teor da Súmula 268 não pode ser tomado de maneira absoluta, afastando a necessária aderência do instituto ao caso concreto.

O uso do mandado de segurança para corrigir falhas do sistema processual sempre foi visto com reservas pela doutrina. Vislumbrava-se, a esse propósito, por exemplo, a necessidade de “eliminar a praxe anômala da utilização do mandado de segurança, instituto de nobreza constitucional, para dar efeito suspensivo ao agravo”⁵.

(5) TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 361; também BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. V, p. 653: “O agravante, de resto, valia-se do mandado de segurança para pleitear (com a complacência de muitos tribunais) providência gritantemente ilegítima, consistente em dar ao recurso um efeito pré-excluído *expressis verbis* pela lei: melancólico papel atribuído a instrumento processual que nascera com o

Na verdade, ao revés de significar um mal em si, o mandado de segurança contra atos judiciais, medida, de fato, freqüente em data anterior à primeira reforma da disciplina do agravo,⁶ demonstra a capacidade de nossa doutrina e jurisprudência responderem a problemas não perfeitamente equacionados dentro das normas ordinárias do sistema jurisdicional. O retrospecto da matéria, indicando uma freqüente utilização do mandado de segurança como medida (de caráter cautelar) complementar a recursos, não pode ser visto como uma deturpação.⁷

Em uma análise histórica isenta de apego dogmático, constata-se que aquela utilização do mandado de segurança — descontados eventuais abusos — deve ser tratada como uma construção original e criativa dos operadores do direito, em busca de uma resposta não fornecida de maneira adequada pelo processo. Errada não era a utilização do mandado de segurança naquelas situações. Errado estava o sistema processual ao não oferecer alternativa capaz de propiciar uma efetiva proteção ao interesse das partes.

Espera-se, com razão, que as modificações recentes introduzidas no Código de Processo Civil venham a reduzir a freqüência com que o mandado de segurança vinha sendo usado contra atos judiciais.⁸ Espera-se, no entanto, que a diminuição no uso não sirva para levar ao esquecimento do importante corpo doutrinário e jurisprudencial construído acerca da matéria. O mandado de segurança deve continuar a ser um importante instrumento para aquelas situações em que o sistema jurisdicional não opere a contento, seja por imperfeições do próprio sistema, seja por feitos no funcionamento do aparato judiciário estatal. Há de se manter

destino de combater (e não de *provocar!*) atos ilegais...". No sentido de que a nova sistemática do agravo, introduzida pela Lei 9.139, de 30.11.1994, reduzirá a freqüência com que vem sendo perpetrados mandados de segurança, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 180.

⁽⁶⁾ Lei 9.139/95. Novas mudanças foram introduzidas na dinâmica processual do agravo com a reforma procedida pela recente Lei 10.352, de 26.12.2001.

⁽⁷⁾ Apontando a existência de preconceito contra o mandado de segurança contra ato judicial, v. BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança contra ato judicial. *RePro* 9/31, n. 36, out.-dez. 1984.

⁽⁸⁾ V. nota 5, acima. Incluem-se entre as modificações aquelas introduzidas pela Lei 10.352, de 26.12.2001, em especial no tocante às modificações introduzidas nos arts. 523, § 4.º, e 527 do CPC.

aberta essa possibilidade, devendo a doutrina e jurisprudência formuladas sobre a matéria servirem de base para o balizamento da matéria.

O presente artigo persegue o duplo desafio de discutir a atualidade e o cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais, levando em conta a atual configuração de nosso ordenamento processual. O recurso ao remédio constitucional, sem dúvida alguma excepcional e extremo, permite localizar e colocar em questão os parâmetros para aceitação desse tipo de medida na correção de falhas não supridas pelos mecanismos ordinários do processo civil.

2. Formulação e revisão da Súmula 267 do STF

Historicamente, o cabimento, em tese, do mandado de segurança contra ato judicial possui profundas e sólidas raízes. Considerando a riquíssima trajetória que levou ao aparecimento do mandado de segurança entre nós, a partir dos alargamentos doutrinário e jurisprudencial do *habeas corpus* como remédio contra ilegalidades e abusos de poder,⁹ a interpretação constitucional não poderia levar a outra conclusão a não ser a de "o mandado de segurança ser cabível contra atos judiciais, como tais considerados todos os que são praticados por juiz ou tribunal no desempenho da função jurisdicional, *in procedendo* ou *in judicando*, assim nos processos da jurisdição dita contenciosa como nos procedimentos da jurisdição considerada voluntária".¹⁰

A par da interpretação retirada do próprio texto constitucional,¹¹ o art. 5.º, II, da já cinquentenária Lei 1.533/51, expressamente sujeita os atos dos juízes e tribunais a controle pelo mandado de segurança. Registre-se que referido dispositivo veio a suprir lacuna existente no Código de Processo Civil de 1936, no que se referia a ato de "qualquer autoridade

⁽⁹⁾ Para um apanhado histórico, v. VIDIGAL, ob. cit., p. 28-50; também VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 8-25; BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 29-36. Para discussão da questão, vale mencionar a clássica obra de PONTES DE MIRANDA. *História e prática do habeas corpus*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951. p. 174-184.

⁽¹⁰⁾ MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Mandado de segurança contra ato judicial. *RT* 682/8, ago. 1992.

⁽¹¹⁾ Art. 5.º, LXXIX.

de”, sem expressa menção àqueles judiciais.¹² A grande dificuldade em relação à matéria, na verdade, sempre foi saber em quais situações estava-se autorizado lançar mão da medida constitucional, diante da existência de outros mecanismos processuais de impugnação do ato judicial.¹³

Em um primeiro momento do desenvolvimento da matéria, tratava-se de saber se havia ou não recurso contra um determinado ato, tendo em vista o fato de o mencionado dispositivo do art. 5.º limitar o cabimento do mandado de segurança àqueles atos não passíveis de serem atacados por recurso ou correição; depois, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, passando todas as decisões interlocutórias a ser impugnáveis por meio de agravo, a discussão voltou-se à suficiência da via recursal ou correicional para evitar prejuízos irreparáveis às partes.¹⁴

A propósito da segunda questão, a Súmula 267 do STF reforçou a literalidade do entendimento do dispositivo estudado,¹⁵ quiçá forçando a nota em relação aos precedentes que haviam fundamentado seu enunciado.¹⁶ O rigor da posição sumulada foi abrandado pelo julgamento do RE 76.909-RS, formando-se precedente histórico para essa matéria.

Em voto memorável, o Min. Xavier de Albuquerque concluiu que, da análise exaustiva de julgados sobre o assunto, se pode observar que a “inadmissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial é a regra, e sua admissibilidade, — a exceção”.¹⁷ Na busca de elementos capazes de indicar essa excepcionalidade, concluiu o Ministro:

(12) Cf. MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 8.

(13) Esclarecendo que os meios de impugnação dos atos judiciais se dividem em recursos e ações de impugnação — como é o caso da rescisória, dos embargos de terceiro e dos embargos do devedor fundados em falta de citação para o processo de conhecimento —, v. BOTELHO DE MESQUITA, ob. cit., p. 128-129.

(14) Cf. WAMBIER, ob. cit., p. 97-98.

(15) É o seguinte o teor da súmula referida: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de recurso ou correição”.

(16) Nesse sentido, apontando que, dos precedentes que embasaram a súmula, em quatro, de um total de nove, foi aplicada a norma do inc. II do art. 5.º da Lei 1.533/51 e, em nenhum deles, ocorreu de o Tribunal admitir que o ato era ilegal ou abusivo e causara dano irreparável, v. MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 11-12.

(17) RTJ 70/512. Destacando a importância dessa decisão, v. WATANABE, ob. cit., p. 93-97; v., também, BARBI, ob. cit., *Mandado de segurança contra ato judicial*, p. 26.

“Em suma, condições para a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial são, para mim, a não-suspensividade de 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.”¹⁸

Essa decisão abriu espaço para uma ampla utilização do mandado de segurança contra atos judiciais, conforme se discutirá a seguir. Certamente impulsionadas pela necessidade de dar uma resposta à utilização “anômala”¹⁹ do remédio constitucional, surgiram importantes reformas processuais procurando sanar imperfeições que davam ensejo à utilização da via mandamental.²⁰

Essas mudanças legislativas, no entanto, não permitem, conforme se verá abaixo, uma reafirmação da Súmula 267 do STF. Se em momento anterior o posicionamento nela contido fora inteiramente revisto pela doutrina e jurisprudência, essa redefinição das condições de sua aplicabilidade há-de ser mantida.

Na verdade, a recorribilidade ou não do ato não é fator para sozinho afastar o cabimento do remédio constitucional. Seu cabimento, como se tentará demonstrar adiante, deve levar em conta outros fatores que, conjugados, possam indicar parâmetros para utilização desse tipo de medida. A esse propósito, o mandado de segurança, garantido constitucionalmente, deve ser considerado sob seu aspecto positivo, através das condições e requisitos de seu cabimento, não pela imposição, *a priori*, limitações à sua utilização.

3. O mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recursos

O abrandamento da Súmula 267, consentido a partir da decisão mencionada, chegou a ponto de permitir a utilização do mandado de segu-

(18) RTJ 70/515; no mesmo sentido RE 69.974-RJ, RTJ 72/743-750. Para uma devida análise do primeiro precedente, v., também, MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 9-11.

(19) Considerando o mandado de segurança para os fins estudados como um recurso anômalo, v. FLAKS, Milton. *Mandado de segurança: pressupostos da impetração*. São Paulo: Forense, 1980, p. 186-187.

(20) Destaque-se, especialmente, as alterações introduzidas pelas Leis 9.139/95 e 10.352/2001.

rança sempre que um recurso não tivesse efeito suspensivo e fossem verificados os requisitos próprios do processo cautelar, isto é, a apêndia de bom direito e o perigo de dano decorrente da demora do procedimento recursal, vulgarizados nas expressões *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.²¹ Esse emprego do mandato de segurança com função exclusivamente cautelar deveu-se, em grande parte, a uma deficiência do procedimento do agravo de instrumento, que não permitia suspensão do ato impugnado, mesmo se capaz de produzir lesão grave ou de difícil reparação ao direito da parte.

Não obstante sua aparente impropriedade,²² essa utilização do mandato de segurança tornou-se usual em nossa prática forense, tornando-se prática comum na interposição de qualquer agravo de instrumento.²³ A despeito de eventual incongruência com a finalidade e natureza do instituto, entretanto, podem ser encontradas razões de ordem processual e constitucional alicerçando essa prática.

As razões de ordem processual apontam para o fato de o mandato de segurança poder ser ajuizado diretamente no Tribunal e apreciado de imediato, no momento da concessão da "liminar", para determinar a sustação ou realização de determinado ato. Assim, esse instrumento, tendo em vista sua estrutura formal, mostrava-se mais adequado para veicular a pretensão cautelar. Em tese, poder-se-ia lançar mão de uma medida cautelar atípica (CPC, art. 799), "porém, como as medidas cautelares devem ser requeridas ao juiz da causa e dificilmente ele as concederia contra seus atos, o pedido vai diretamente ao tribunal pela via anômala do mandato de segurança".²⁴

Na abordagem daqueles argumentos de ordem constitucional, deve-se considerar, antes de mais nada, que "o mandato de segurança para dar

(21) Cf. MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 17-19.

(22) Cf. BOTELHO DE MESQUITA, ob. cit., p. 130. Lamentando esse tipo de utilização, v. PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. Mandado de segurança contra ato judicial. *Revista do Advogado* 21/58-61, n. 64, out. 2001.

(23) Cf. nota 5, acima. Para cuidadosa análise da jurisprudência sobre essa temática no período, v. ARRUDA ALVIM e PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre mandato de segurança contra ato judicial e medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso*. 2.ª série. São Paulo: RT, 1992. p. 26-34.

(24) MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 17.

efeito suspensivo a recurso que não o tenha encerra uma *contradictio in terminis*. Se o juiz não poderia conceder esse efeito ao recurso porque há lei que o suprime, o mandato de segurança para esse fim seria contrário à lei. Hoje, no entanto, vem sendo amplamente admitido mas com feição — que o desnature — de medida cautelar".²⁵

Essa utilização do mandato de segurança encontra, não obstante a inerente contradição de sua formulação, fundamentação constitucional. Nesse sentido, afirma-se o instituto como ação²⁶ constitucional "com função cautelar cujo objeto é a proteção do direito à utilidade do processo, do direito a não sofrer prejuízos irreparáveis enquanto não entregue, de modo definitivo, a prestação jurisdicional assegurada constitucionalmente".²⁷ O direito líquido e certo tido por inexistente, se colocada a questão sob a perspectiva da vedação legal das normas processuais à suspensividade reclamada, mostra-se presente no plano constitucional, a partir da afirmação do direito à adequada prestação jurisdicional, apta a afastar o risco de dano irreparável à pretensão dos litigantes em processo judicial.

4. O problema do efeito suspensivo no agravo de instrumento e sua superação

A utilização do mandato de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento vulgarizou-se pelo fato de decorrer de imperfeição inerente ao próprio sistema recursal. Essa deficiência, parece certo, não permitia uma adequada prestação jurisdicional à parte agravante, porque não permitia uma resposta apta a evitar risco de dano irreparável decorrente da decisão impugnada.

Esse problema apontava para a existência de uma falha estrutural em nosso sistema processual, que a nova redação dada aos arts. 524 e 558, *caput* e par. ún., do CPC, pela Lei 9.139/95, praticamente eliminou. A nova redação do art. 524 direcionou a interposição do agravo diretamente ao Tribunal competente e o art. 558, *caput* e par. ún., permitiu, tanto

(25) BOTELHO DE MESQUITA, ob. cit., p. 130.

(26) Discordando que o mandato de segurança tenha natureza de ação, v. BOTELHO DE MESQUITA, ob. cit., p. 122-126.

(27) ZAVASCKI, Teori Albino. A função cautelar do mandato de segurança contra ato judicial. *RePro* 16/182, n. 64, out.-dez. 1991..

para o agravo quanto para aquelas hipóteses nas quais a apelação não tem efeito suspensivo, a possibilidade de o relator suspender o cumprimento da decisão recorrida.

Dessa maneira, aquela função anteriormente exercida pelo mandado de segurança passou a ser realizada no âmbito do próprio recurso de agravo, sem necessidade do remédio constitucional. Observa-se que, salvo mau funcionamento do aparato judiciário, o próprio sistema recursal se mostra agora apto a fornecer adequada prestação jurisdicional, afastando o eventual risco de dano aos direitos afirmados pelas partes. Interposto o agravo diretamente ao Tribunal competente — anteriormente a interposição dava-se junto ao juízo *a quo* —, o relator apreciará o pedido de suspensão do ato agravado.

5. Mandado de segurança: ainda cabível contra ato judicial?

Diante das mudanças no Código de Processo Civil, seria ainda cabível o mandado de segurança contra ato judicial? Consideradas a ampla recorribilidade dos atos judiciais²⁸ e a existência de mecanismos capazes de prestarem uma resposta efetiva ao problema da suspensão do ato impugnado, seria ainda justificável aquela utilização do remédio constitucional?

A propósito das questões levantadas, cabe sustentar, inicialmente, a subsistência do remédio constitucional, o qual não se extingue em razão de mudanças do ordenamento ordinário. Existe, isso sim, uma maior ou menor necessidade de sua utilização, decorrente do maior ou menor acerto da disciplina processual, nos termos da equação apontada acima.²⁹

O cabimento da medida, é evidente, está sempre condicionado àque-la finalidade dada pelo texto da Constituição, qual seja dar proteção a direito líquido e certo em face de ilegalidade ou abuso de poder por ato de autoridade pública, entre elas aquelas no exercício do poder jurisdicional do Estado. Mesmo que abstratamente não se vislumbrem situações nas quais a via mandamental seja adequada, sua disponibilidade há de ser sempre afirmada, não se podendo desdenhar da complexidade e gravidade das situações apresentadas pelos casos concretos, eventualmente não solucionáveis pelas vias recursais ordinárias.

(28) Exceção feita apenas ao art. 504 do CPC.

(29) Cf. item 1.

6. A segunda reforma dos arts. 523 e 527 do CPC (Lei 10.352/2001)

A Lei 10.352, de 26.12.2001, introduziu novas alterações no sistema do agravo, modificando pontualmente a dinâmica que fora introduzida pela primeira reforma desse instituto. Conforme comentado acima,³⁰ as mudanças anteriormente introduzidas atenderam ao propósito de eliminar a necessidade de os litigantes utilizarem o mandado de segurança para obtenção de efeito suspensivo no recurso de agravo de instrumento. Haviam restado, no entanto, algumas zonas de incerteza, permitindo cogitar de eventual e hipotético cabimento do mandado de segurança.

As alterações recentemente introduzidas no Código de Processo Civil confirmam aquela equação, no sentido da existência de uma proporcionalidade entre as imperfeições do sistema processual e o cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais.³¹ Essa segunda reforma veio, exatamente, corrigir alguns pontos em relação aos quais o sistema processual não estava operando a contento e, por essa razão, cogitava-se, em situações a eles relacionadas, da utilização do mandado de segurança.

Os itens seguintes trazem a discussão sobre o cabimento do mandado de segurança em relação a esses pontos objeto de aperfeiçoamento na mais recente reforma.

6.1 Efeito ativo do agravo de instrumento

Uma das situações para a qual cogitou-se a possibilidade de utilização do mandado de segurança após a primeira reforma do sistema recursal do Código de Processo Civil foi aquela do agravo de instrumento contra decisão negativa, quer dizer, de indeferimento, pelo juízo recorrido, do pedido formulado pelo agravante.

Aplicado em sua literalidade, o art. 558, em sua redação dada pela Lei 9.136/95, poderia sugerir a necessidade de mandado de segurança para obtenção da providência requerida e indeferida pela decisão recorrida. À medida que o dispositivo expressamente outorga ao relator a prerrogativa de “suspender” o cumprimento da decisão impugnada, não se pode concluir, dos estritos termos do dispositivo, a possibilidade de alcançar, por

(30) Cf. item 4, discutindo a repercussão das inovações introduzidas pela Lei 9.139/95.

(31) Cf. item 1, acima.

essa via, a providência indeferida em inferior instância. Para todos os efeitos, a suspensão de uma decisão negativa é inteiramente inócua.³²

A doutrina, no entanto, respaldou uma interpretação extensiva do dispositivo, legitimando a possibilidade de obtenção de um "efeito afi-vo", no agravo de instrumento, por força de determinação do relator. Esse efeito significa que o relator não apenas suspende o ato, mas determina a providência que havia sido negada em instância inferior.³³ Vale dizer, o ato do relator não consiste em mera suspensão da decisão — o que seria de todo inócua —, mas em uma determinação para praticar o ato que fora negado pelo juiz recorrido.

Com base nessa interpretação jurisdicional, permitia-se evitar a ocorrência de lesão grave ou de difícil reparação decorrente de ato omissivo do juiz. Não prosperando essa interpretação e negando-se ao relator a possibilidade de conceder esse efeito ativo ao agravo, não restaria ao litigante outra medida além da interposição de mandado de segurança para evitar lesão irreparável a seus direitos.

A segunda reforma na sistemática do agravo, introduzida pela Lei 10.352/2001, veio eliminar definitivamente qualquer dúvida em relação à possibilidade antes afirmada pela doutrina. Reconheceu o legislador, conforme antes já se fizera em sede doutrinária, a possibilidade de o relator "deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão".³⁴

De fato, mesmo sem a alteração agora introduzida, era possível concluir que "o remédio a ser utilizado quando denegada em primeira instância a tutela antecipada é a interposição do agravo de instrumento, com pedido expresse de concessão pelo relator da antecipação dos efeitos da tutela recursal, ou, de forma mais singela, a concessão pelo relator da tutela antecipada denegada pelo juiz a quo".³⁵ Obtinha-se, dessa

⁽³²⁾ Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 653.

⁽³³⁾ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 267-276; também, v. WAMBIER, ob. cit., Mandado de segurança..., cit., p. 100; no mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 653.

⁽³⁴⁾ Nova redação do inc. III do art. 523 do CPC. O dispositivo, para evitar qualquer dúvida, poderia ter sido formulado com a seguinte redação de sua parte final: "comunicando ao juiz para cumprimento de sua decisão".

⁽³⁵⁾ FERREIRA, Willian Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000. p. 258.

forma, por força de extensão do disposto no art. 273 do CPC, aquela medida cuja obtenção, se inexistente essa via, teria sido buscada por meio de mandado de segurança.³⁶

6.2 O deferimento do efeito suspensivo na apelação (art. 558 do CPC)

Outra situação em tese atacável por mandado de segurança, e que encontrou resposta nas modificações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 10.352/2001, seria aquela da apelação nas hipóteses em que esse recurso não apresenta efeito suspensivo, seja por estar incluído no rol do art. 520 do CPC, seja por encontrar disposição semelhante no próprio Código ou legislação esparsa.

Tratando-se de caso no qual a apelação não tem efeito suspensivo, o cumprimento da decisão poderá acarretar risco de lesão grave ou de difícil reparação para a parte sucumbente.

Para dar uma resposta a essas situações, a reforma do art. 558 do Código de Processo, através de seu parágrafo único, estendeu a esses casos de apelação sem efeito suspensivo a possibilidade de esse efeito ser concedido, sempre que da eficácia da decisão "possa resultar lesão grave e de difícil reparação" (*caput*). Não obstante o dispositivo faça menção apenas ao art. 520 do mesmo diploma, é certo que essa possibilidade deve se estender a todas as demais hipóteses nas quais a apelação não possui efeito suspensivo, por força de indicação legal.³⁷

Nesse ponto, no entanto, a primeira reforma do estatuto processual não foi feliz na conjunção da decisão que aprecia o efeito suspensivo da apelação com a medida recursal para sua impugnação — no caso, o agravo. Note-se que, diversamente do agravo de instrumento, cuja tramitação

⁽³⁶⁾ Cogitando essa possibilidade FERREIRA, ob. cit., p. 257; também FERREIRA, Willian Santos. Breves reflexões acerca da tutela antecipada no âmbito recursal. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000. p. 680-684; modificando posicionamento anteriormente assumido, v. WAMBIER. ob. cit. *Os agravos...*, cit., p. 267-276.

⁽³⁷⁾ Cf. WAMBIER. Mandado de segurança..., cit., p. 99-100, inventariando as hipóteses nas quais a apelação é recebida sem efeito suspensivo. Para um rol dessas situações, v., também, BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 462-465. Entre elas, a mais notória é aquela do art. 1.184 do próprio Código.

dá-se desde o início no Tribunal, propiciando imediatidade na apreciação do pedido de suspensão, a apelação é interposta perante o juízo *a quo*, subindo para o Tribunal apenas após a resposta do apelado.

A dificuldade, portanto, residia exatamente no fato de o *caput* do art. 558, ao qual seu parágrafo único remete, indicar textualmente que “o relator poderá”, a requerimento da parte, conceder o efeito suspensivo, excluindo, segundo interpretação literal, a possibilidade de esse efeito ser concedido pelo juízo *a quo* ao receber a apelação.³⁸

O problema é que, considerada essa interpretação literal, tem-se um problema de eficácia do mecanismo de suspensão da decisão, em razão do tempo que pode decorrer entre a interposição da apelação, seu recebimento, resposta, remessa ao Tribunal, distribuição e vista para o relator. “Quando, no parágrafo único, estendeu à apelação a regra do *caput* do art. 558, deslembrou-se o legislador de que pode surgir a necessidade de suspender o cumprimento da sentença, enquanto a apelação ainda tramita na primeira instância”.³⁹ Nesse lapso de tempo de tramitação da apelação, pode consumir-se a lesão ao direito do apelante, abrindo, em tese, oportunidade para propositura do mandado de segurança para suprir a crise de eficácia aberta com a tramitação da apelação.

Esse problema vem recebendo dois tipos de tratamento da doutrina, afastando a necessidade do remédio constitucional. Um primeiro, diz respeito à possibilidade de pedido, devidamente instruído, ser encaminhado diretamente ao Tribunal *ad quem* para o relator sorteado deliberar sobre a medida suspensiva;⁴⁰ outro tratamento do problema conduz a uma interpretação extensiva do dispositivo, para permitir a formulação do pedido de suspensão ao juízo *a quo*.⁴¹

(38) É a posição de BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 655, nota 59.

(39) BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 125.

(40) Sustentando essa posição, v. BERMUDES, ob. cit., p. 125: “tramitando ainda a apelação no juízo recorrido, caberá ao apelante apresentar cópia do seu recurso e prova da respectiva interposição e do preparo ao tribunal, onde se fará distribuição desses documentos a um relator (prevenindo-se com isso a competência do órgão fracionário que integrar) para que ele delibere somente sobre a medida suspensiva”. Respaldoando essa posição, v. BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 655, nota 59.

(41) Neste sentido, v. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 1.071-

A primeira solução proposta para o problema indica a possibilidade de, interposta a apelação em primeiro grau, durante sua tramitação, o apelante peticionar diretamente ao Tribunal *ad quem*, para que o relator, nos exatos termos do *caput* do art. 558, apreciasse o pedido de suspensão da decisão apelada. Esse pedido, necessariamente instruído com as principais peças da ação em curso, comprovação da interposição do recurso e de seu preparo, seria distribuído a um relator para apreciação do pedido.⁴² Essa solução teria as vantagens de ser mais consentânea com o texto do dispositivo legal envolvido e permitir o tratamento da questão diretamente no Tribunal competente para conhecer do recurso.

Demonstrando a viabilidade desse tipo de medida, E. D. Moniz Aragão, em artigo anterior à reforma dos dispositivos implicados, apontava para utilização de pedidos, de caráter cautelar, dirigidos ao STF e ao STJ, para obtenção de efeito suspensivo em recursos especial e extraordinário.⁴³ Conforme demonstra, com respaldo jurisprudencial,⁴⁴ naqueles casos em que a ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário possa causar prejuízo ao recorrente, os tribunais superiores têm admitido o recebimento de pedido cautelar com a finalidade de obter efeito suspensivo. A solução proposta no caso em estudo, embora sem o amparo legal de que se valem os tribunais superiores,⁴⁵ teria igual natureza.

1.072; também FURNACIARI JUNIOR, Clito. *A reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 150: “à luz do procedimento do apelo, o qual se inicia no juízo de primeiro grau, a faculdade também é deferida ao juiz no momento de receber o recurso de apelação ou em qualquer outro antes de ordenar a subida dos autos à superior instância”.

(42) V. nota 40, acima.

(43) Cf. MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 17-18.

(44) RTJ 110/458, 112/957, 120/396, 128/1.374; RSTJ 2/577, 13/215, 12/433.

(45) A esse propósito, considere as seguintes ementas: “Medida cautelar. Recurso extraordinário. O recurso extraordinário tem efeito unicamente devolutivo. Só em casos excepcionais poderá ser deferida medida cautelar, imprimindo à irresignação para o efeito suspensivo, máxime sem audiência das partes. Aplicação dos arts. 304 e 21 do RISTF c/c os arts. 543, § 4.º, 797 e 798 do CPC. Liminar indeferida” (RTJ 110/458); “Medida cautelar em recurso especial (Regimentos do STF, art. 21-V, c/c o art. 304, e do TRF, art. 33-VI, e Ato Regimental 1 do STJ, art. 24, par. ún.). Sua determinação pelo relator, em caso de urgência, *ad referendum*. Homologação pela Turma” (RSTJ 2/577).

Antes da mais recente reforma do § 4.º, do art. 523 do CPC, caso aceita a segunda proposição interpretativa, no sentido de submeter a questão à apreciação do juiz *a quo*, a solução do problema seria apenas parcial. Se a decisão do juiz for favorável à pretensão da parte, suspendendo a decisão recorrida, o objetivo do dispositivo – evitar lesão ao direito da parte – teria sido atendido. No entanto, se a decisão for negativa, indeferindo o pedido de suspensão do ato, a solução proposta deixa de ser adequada. O problema continua a existir, pois o recorrente não teria um mecanismo processual hábil para responder à pretensão de suspender a decisão.

Isso ocorria porque, anteriormente à Lei 10.352/2001, que alterou o dispositivo mencionado, o agravo, cabível contra essa decisão, obrigatoriamente deveria ser o retido, posto que posterior à sentença.⁴⁶ Em situação como essa, é claro, “há interesse processual na impetração de mandado de segurança para suspender a eficácia da sentença recorrida”.⁴⁷ Anote-se que, alternativamente ao mandado de segurança, existia a possibilidade de se admitir, desconsiderando-se a norma do § 4.º do art. 523, o cabimento de agravo de instrumento, levando a matéria à apreciação do Tribunal *ad quem* por via direta.⁴⁸

A nova redação do § 4.º do art. 523 do CPC estabelece que “será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recébeda”. Com isso o legislador, mesmo sem alterar o art. 528 no que diz respeito ao relator, definitivamente consagrou a possibilidade de o juiz *a quo* decidir sobre o efeito suspensivo naquelas apelações que por força do art. 520 ou normas esparsas não tenham tal efeito. Mais do que isso, permitiu a utilização de mecanismo recursal eficaz – o agravo de instrumento – para eventual decisão de indeferimento do pedido de suspensão.

⁽⁴⁶⁾ Registre-se que o mesmo problema seria enfrentado pela parte, prejudicada pela concessão do efeito suspensivo, que afirmasse estar incorrendo em risco de lesão grave e de difícil reparação, a qual também ficaria privada de uma resposta jurisdicional imediata para sua pretensão.

⁽⁴⁷⁾ NERY JUNIOR e NERY, ob. cit., p. 1.072.

⁽⁴⁸⁾ É a posição advogada por NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil anotado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 593.

Dessa maneira, fica definitivamente afastada a necessidade de utilização de mandado de segurança para obtenção de efeito suspensivo na apelação, o qual poderá ser obtido por meio de agravo de instrumento. A maior flexibilidade na definição daquelas situações nas quais o agravo deve ser retido elimina uma incerteza da legislação processual, propicia para ensejar a interposição de mandado de segurança.⁴⁹ Conforme anteriormente mencionado, quanto mais efetiva a resposta dos mecanismos ordinários da disciplina processual civil, menor a necessidade de utilização do mandado de segurança contra atos judiciais.

7. Situações remanescentes de cabimento de mandado de segurança contra ato judicial

No esforço de antever aquelas situações que, mesmo após a primeira reforma do Código de Processo Civil, caracterizariam atos judiciais passíveis de ser atacados por via de mandado de segurança, Teresa Arruda Alvim Wambier cogita ainda de outras hipóteses que merecem ser lembradas além daquelas mencionadas acima.⁵⁰

Em primeiro lugar, nos casos de agravo regimental ou interno, cabentes de efeito suspensivo. A esse propósito, a insigne professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e do Paraná destaca que o remédio constitucional teria por base inconstitucionalidade do registro interno do Tribunal, vedado que lhe seria estabelecer hipóteses de cabimento de recurso.⁵¹ Em segundo lugar, em todos aqueles casos em que a lei federal estabeleça irrecorribilidade, mas o ato venha a causar prejuízo à parte. Por fim, cogita da hipótese de ato não concessivo da medida pleiteada pela parte, a qual tenha sido negada pelo relator e pela via do agravo regimental, isto é, situação na qual, “esgotados os caminhos previstos pela lei ordinária, seria cabível”⁵² o mandado de segurança.

⁽⁴⁹⁾ Cf. WAMBIER, ob. cit., p. 100.

⁽⁵⁰⁾ Idem, ibidem, p. 100-101.

⁽⁵¹⁾ Idem, ibidem, p. 100.

⁽⁵²⁾ WAMBIER, ob. cit., p. 101. Cogitando a possibilidade de interposição de mandado de segurança contra indeferimento de medida liminar, v. MELLO, Rubens Camargo. Mandado de segurança contra indeferimento de liminar em mandado de segurança anterior. *RePro* 58/232-235, n. 15 abr.-jun. 1990. A

Há de destacar, também, o cabimento do mandado de segurança impetrado por terceiro para defesa de direitos de alguma forma afetados por ato judicial. Se em relação às partes a discussão gira em torno de saber se o sistema recursal oferece proteção satisfatória e eficaz aos direitos afirmados, o mesmo não se pode dizer em relação a terceiros.⁵³ Com efeito, o art. 499 do CPC traz ao terceiro a faculdade de impugnação do ato pela via recursal. No entanto, caso tenha sido atingido direito líquido e certo por ato ou decisão judicial, “não se lhe pode exigir, obviamente, que haja interposto recurso contra o ato — o que converteria em ônus a faculdade de recorrer que lhe é garantida e o submeteria às mesmas condições impostas às partes, às quais ficaria equiparado sem o ser”.⁵⁴ Não se pode constringer o terceiro a ingressar, mediante recurso, em relação processual da qual não faz parte.

Em todos os casos mencionados, como em outros mais que somente a atuação concreta do direito pode apontar, o mandado de segurança coloca-se como medida cujo cabimento há de ser cogitado para garantia de uma adequada prestação jurisdicional ao litigante, colocando-o a salvo de risco de lesões irreparáveis ou de difícil reparação aos seus direitos.⁵⁵

Indiscutivelmente, após as reformas pelas quais o Código de Processo Civil vem passando, a utilização da medida constitucional contra atos judiciais deve tornar-se bastante limitada em sua frequência. Vale retomar, mais uma vez, a esse propósito, a equação proposta de início: as hipóteses de cabimento do mandado de segurança contra ato judicial variam de acordo com a perfeição (ou não) do sistema jurisdicional. De qualquer forma, a redução de seu uso não leva a crer na diminuição de sua utilidade e importância no contexto do processo civil, devendo estar sempre disponível para corrigir situações-limite, não equacionadas adequadamente pelas vias processuais ordinárias.

esse propósito, vide, também, o julgado publicado na *RSTJ* 95/56-57, com a seguinte ementa: “após o advento da Lei 9.139/95, o mandado de segurança para imprimir efeito suspensivo só é admissível após o recorrente formular e ver indeferido o pedido a que se refere o art. 558 do CPC”. Admitindo mandado de segurança contra decisão que nega liminar, *RT* 703/136.

⁽⁵³⁾ Cf. MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 19.

⁽⁵⁴⁾ MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 19.

⁽⁵⁵⁾ Recorde-se, aqui a posição de ZAVASCKI, ob. cit., p. 182-183.

8. Mandado de segurança contra decisão transitada em julgado e a Súmula 268 do STF

A Súmula 268 estabelece de maneira peremptória que “não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado”. Muito embora essa súmula não tenha sido objeto de questionamento direto por decisão do próprio Supremo, como foi a 267,⁵⁶ também ela vem sendo alvo de sérias e corretas restrições por parte de decisões judiciais e doutrinadores voltados para esse tema.

De fato, se bem analisada a questão, a vedação sumulada excede em muito os limites previstos na Lei 1.533/51 (art. 5.º, II) e ao próprio direcionamento constitucional do instituto estudado (art. 5.º, LXIX). O mandado de segurança, nos termos do disposto na Constituição Federal e previsto em sua lei regulamentadora, não comporta qualquer restrição, podendo ser invocado em qualquer situação em que ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ponha em risco direito líquido e certo.

Nesse sentido, a coisa julgada não se coloca como um óbice formal à utilização dessa medida com a finalidade de impugnar atos judiciais. Não oferecendo o sistema processual alternativa adequada para preservar os direitos afirmados pelo interessado, como ocorria naquelas situações de recurso sem efeito suspensivo, “cabe o mandado de segurança contra qualquer decisão judicial, ainda que transitada em julgado”.⁵⁷

Evidentemente, na hipótese ora estudada, tem-se uma contraposição de garantias constitucionais, de um lado o mandado de segurança, de outro a coisa julgada, consagrada no art. 5.º, XXXVI, da CF. Deve-se ter em conta, entretanto, que a coisa julgada é relativa,⁵⁸ podendo, dentro do prazo estabelecido, ser desconstituída por meio de ação rescisória.⁵⁹

Considere-se, também, que a referência da súmula à coisa julgada tem sentido amplo, dizendo respeito tanto à coisa julgada formal quanto

⁽⁵⁶⁾ Em especial através do RE 76.909-RS, comentado acima.

⁽⁵⁷⁾ BOTELHO DE MESQUITA, ob. cit., p. 130.

⁽⁵⁸⁾ Cf. MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 20.

⁽⁵⁹⁾ Postulando por uma “relativização” da coisa julgada, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada. *Revista da Escola Paulista da Magistatura* 2/7-45, n. 2, jul.-dez. 2001.

à material.⁶⁰ Poder-se-ia dizer que a referência sumulada remete a todas aquelas decisões em relação às quais operou-se o efeito preclusivo da sentença transitada em julgado ou da decisão interlocutória em relação a qual não houve recurso.

Analisando a jurisprudência dos tribunais paulistas e do Supremo, da década de 70, Kazuo Watanabe conclui o que segue:

“A bem analisar os precedentes da Suprema Corte parece-me lícito concluir-se que neles está implicitamente afirmada a admissibilidade do mandado de segurança contra decisão transitada em julgado. É que nenhum deles se condicionou à manifestação oportuna e concomitante do recurso sem efeito suspensivo à admissibilidade do *writ*, concedendo-se a este, ao revés, o mesmo alcance do recurso comum. O recurso seria, assim, uma superfetação de todo desnecessária. E se o recurso não é interposto, o trânsito em julgado da decisão ocorrerá necessariamente até o julgamento do mandado de segurança, certo é que não tem este o efeito de suspender o curso do prazo processual.”⁶¹

Na verdade, mesmo os precedentes que serviram de fundamento para a Súmula 268 não permitem afirmar o caráter absoluto da coisa julgada que se extrai de seu texto.⁶² A esse propósito, observe-se que o preceito constitucional garantidor da coisa julgada está dirigido ao legislador, embora, razoavelmente, se aceite seu alcance também sobre os demais poderes. No que toca ao Judiciário, no entanto, trata-se de um preceito relativo, perdendo sua eficácia mediante ação rescisória. “Tem-se, pois, que na verdade a proteção constitucional assegurada à coisa julgada atua com intensidade diferente: para os Poderes Legislativo e Executivo é sempre absoluta; para o Judiciário não.”⁶³

Embora realmente exista um condicionante de modo, segundo o qual a coisa julgada pode ser desconstituída apenas por meio de ação rescisória, seguindo as normas processuais específicas para a matéria – e que constituem o devido processo legal para alcançar aquele fim –, há de reconhecer que, em situações de extrema gravidade, nas quais a rescisó-

⁽⁶⁰⁾ Nesse sentido a decisão do Supremo publicada na *RTJ* 129/816-820.

⁽⁶¹⁾ WATANABE, ob. cit., p. 98.

⁽⁶²⁾ Para uma análise dos precedentes que fundamentaram a súmula, v. ARAGÃO, ob. cit., p. 19-20.

⁽⁶³⁾ MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 20.

ria não se mostre um remédio efetivo, o mandado de segurança poderá ser utilizado para preservar o direito do impetrante.⁶⁴

Casos há em que o mandado de segurança mostra-se medida necessária, tendo em vista a ineficácia ou inadequação da ação rescisória para, em determinadas circunstâncias, evitar a ocorrência de lesão irreparável ou de difícil reparação. Vale analisar algumas situações comentadas a seguir.

9. Mandado de segurança para delimitação da extensão subjetiva da coisa julgada

Primeiramente, cabe chamar a atenção para o mandado de segurança interposto por terceiro indevidamente afetado pelos efeitos da coisa julgada.

Com essa finalidade, decisão do STJ, em acórdão da lavra do Min. Sálvio de Figueiredo,⁶⁵ deu provimento a recurso ordinário, em mandado de segurança. Trata o caso em tela de mandado de segurança interposto por locatária contra ato do juiz de primeira instância, que determinara a desocupação do imóvel em execução de sentença proferida em ação de rescisão de contrato de compromisso de compra e venda, com pedido de reintegração de posse, movido contra o adquirente do imóvel.

O mandado de segurança veiculava pedido, não para suspender a decisão de primeiro grau, mas para ser reintegrada a impetrante na posse do imóvel. Apreciando a questão, o STJ afastou a litispendência em relação a embargos de terceiro também interpostos – e julgados extintos sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa – e deu provimento ao recurso para conceder a segurança. O julgado afirma, no entanto, que “não se teria formado a coisa julgada material, apta a obstar o prosseguimento deste feito”.⁶⁶

Muito embora o próprio julgado tenha afastado a ocorrência de coisa julgada, tendo em vista a qualidade de terceiro da impetrante, é inegável que o mandado de segurança prestou-se a redefinir (ou evidenciá-los, talvez) os limites subjetivos da decisão transitada em julgado, antes injustamente estendidos à locatária que não participara da ação principal.

⁽⁶⁴⁾ Cf. MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 21.

⁽⁶⁵⁾ *Lex* 57/66-74, RMS 513-0-RJ.

⁽⁶⁶⁾ *Lex* 57/73.

O Supremo decidiu de maneira semelhante, em acórdão com a seguinte ementa:

“Mandado de segurança. Ato judicial que determinou o cancelamento de registro imobiliário (averbação de cessão de direitos hereditários). Demanda na qual não foi parte o impetrante. Inocorrência de coisa julgada. Inaplicabilidade da Súmula 268. Arguição de relevância acolhida. Recurso extraordinário conhecido e provido para que, afasta a preliminar de descabimento do writ, prossiga o tribunal no seu julgamento.”⁶⁷

O argumento preponderante, para adequar-se o aresto à Súmula 268, é no sentido de, tratando-se de terceiros, não haver ofensa à coisa julgada, embora a medida sirva para limitar ou modificar a extensão de seus efeitos.

Pode-se dizer, assim, que, relativamente a terceiros, o mandado de segurança se presta para evitar a ilegal extensão de efeitos da sentença sobre quem não foi parte da lide. Nesses casos, embora a medida mandamental não tenha o condão de rescindir o julgado, acaba por incidir sobre o âmbito de sua aplicabilidade, limitando o entendimento e extensão da Súmula 268.

10. Outros casos de cabimento do mandado de segurança em face da coisa julgada

Em julgado versando sobre competência, o STJ admitiu o cabimento de mandado de segurança contra decisão passada em julgado, embora proposto com a finalidade de ver reconhecida nulidade do feito.

Em disputa relativa a marca comercial, o impetrante deixara transcorrer *in albis* o prazo para recurso contra o acórdão que, confirmando a sentença de primeiro grau, proibiu o uso de determinada marca e determinou o cancelamento de seu registro junto ao INPI. Transitada em julgado a decisão, ingressou com o mandado de segurança afirmando a incompetência absoluta da Justiça Estadual.

O STJ admitiu o acerto da via mandamental em razão de configurar, em tese, caso de julgado “nulo de pleno direito”, situação apta a respaldar o cabimento do mandado de segurança contra a decisão transitada em julgado. Admitido o mandado de segurança e conhecido do

(67) RE 96312-RJ, rel. Min. Oscar Correa, DJU 24.06.1983, p. 9.476.

recurso, negou-se provimento, reconhecendo a competência da Justiça Estadual.

Na fundamentação o relator recorreu à conhecida posição de Hely Lopes Meirelles sobre o assunto: “inadmissível é, entretanto, o mandado de segurança contra a coisa julgada (STF, Súmula 268), só destrutível por ação rescisória, a menos que o julgado seja substancialmente inexistente ou nulo de pleno direito, ou não alcance o impetrante nos seus pretendidos efeitos”.⁶⁸ O que significa dizer, a contrário senso, que, nas hipóteses em que excepciona, a via mandamental é admitida.⁶⁹ O STJ admitiu outras vezes o mandado de segurança em caso de inexistência ou nulidade absoluta, como no acórdão resumido na seguinte ementa:

“Mandado de segurança. Ato judicial. Réu que não foi citado regularmente. Sentença proferida inválida. Inexistência, portanto, de coisa julgada. Cabimento do mandamus. Ofensa ao direito líquido e certo. Presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Ordem concedida. Declarações de votos.”⁷⁰

Mais recentemente, o TRF da 1.ª Região admitiu mandado de segurança contra decisão de agravo de instrumento para o qual o agravante não fora intimado a apresentar sua resposta.⁷¹ Tal julgado afasta a aplicação da Súmula 268 sob o argumento de que, quando do ajuizamento da medida, o acórdão impugnado não havia transitado em julgado pela ausência de intimação. Reconhecendo que a não-intimação do agravado violou o princípio do contraditório, o Tribunal concedeu a segurança para anular o acórdão.

A ementa do referido acórdão respalda crítica à Súmula 268 do STF, “tendo em vista que, para a impetração do mandado de segurança, bastam os requisitos constitucionais que o autorizam”.⁷²

(68) MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 37.

(69) Destacando essa interpretação, v. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 81.

(70) RT 697/189.

(71) MS 1997.01.00.027240-0-DF, rel. Juiz Eustáquio Silveira, DJU 19.02.1998, p. 13.

(72) V. nota anterior.

Em caso envolvendo nulidade de cambial e medida cautelar de sustação de protesto, mesmo decretando a carência da impetração, pelo decurso do prazo decadencial de 120 dias, o 1.º Tribunal de Alçada Civil firmou entendimento no sentido de que, "não obstante o proibitivo con- substanciado na Súmula 268 do STF, tem-se admitido mandado de segu- rança contra decisão judicial transitada em julgado se deste ato advier dano irreparável".⁷³

Também o 2.º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, já decidiu pelo cabimento do mandado de segurança contra a coisa julgada, em acórdão com a seguinte ementa:

"Mandado de segurança. Ato judicial transitado em julgado. Cabimento excepcional. Decisão teratológica, violadora de direito líquido e certo e causadora de dano irreparável. Contestação tempestiva não jun- tada aos autos por desídia do cartório. Anulação da sentença, com deter- minação de prosseguimento do processo após sua juntada e apreciação."⁷⁴

Estes casos, levantados a título de exemplo, demonstram situações em que se mostra necessária a impetração de mandado de segurança em face de decisão transitada em julgado. Evidentemente, o cabimento des- sa medida não é a regra, o que, ademais, confirma o caráter excepcional de sua utilização contra atos judiciais, mesmo que transitados em julga- do. O que efetivamente não parece razoável é sua vedação, em corte raso, como indica Súmula 268 do STF.

11. Mandado de segurança e ação rescisória

Em obra que se tornou um clássico sobre a matéria, o Prof. Kazuo Watanabe apresenta decisões de diversos tribunais, em casos bastante significativos, nas quais foi admitido o mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado.⁷⁵ A esse propósito, conclui o pro-

(73) MS 344.920 – Tribunal Pleno – rel. Juiz Guimarães e Souza. Para o texto integral do acórdão, seguido de comentários, v. ARAÚJO, Gisele Ferreira de. O mandado de segurança contra ato judicial em face da coisa julgada. *RePro* 14/245-253, n. 53, jan.-mar. 1989.

(74) RT 628/179. Vide, também, decisão do 1.º Tribunal de Alçada Civil, que, mes- mo denegando a segurança, reconheceu o cabimento da medida em face de decisão "teratológica", RT 625/98.

(75) Cf. WATANABE, ob. cit., p. 124-129.

cessualista no sentido de ser necessário atender-se à teoria da coisa julgada. Para ele, a coisa julgada "sana a grande parte dos vícios processuais, de modo que a admissibilidade do *writ* fica restrita às hipóteses de vícios maiores que sobrevivem à coisa julgada, que são os que ensejam a pro- positura da ação rescisória, e assim mesmo desde que compostos os demais pressupostos específicos, que são a lesão de direito líquido e certo por ato ilegal ou abuso de poder, apurável sem dilação probatória, e a *irreparabilidade do dano*".

Uma das decisões examinadas traz situação exemplar do posiciona- mento do autor. Ao reexaminar o indeferimento da inicial de um pedido de falência, o Tribunal entendeu por bem não somente reformar a deci- são extintiva do feito, mas também decretou a quebra da empresa requerida. Agindo dessa forma, sem outra cautela, o Tribunal acabou privando o requerido do direito de apresentar defesa e de recolher o depósito elisivo. O mandado de segurança foi admitido para anular o acórdão impugnado.⁷⁶

Em voto vencedor, da lavra do Des. Macedo Bittencourt, constou posicionamento bastante interessante sobre o pedido formulado no man- dado de segurança:

"A toda pretensão exercida por via de mandado de segurança corresponde uma ação de procedimento comum. O fato de poder a pre- tensão ser exercida por meio de uma outra ação não impede a propositu- ra do mandado de segurança, desde que o direito seja líquido e certo e possa ser demonstrado de plano, sem a necessidade de uma dilação pro- batória. Pela mesma razão, também pode ser apreciada, em mandado de segurança, a pretensão rescisória líquida e certa."⁷⁷

Certamente, outros casos⁷⁸ apontando a necessidade de uma revisão da Súmula 268 poderiam ser levantados, a despeito da reiterada posição

(76) MS 244.297 – TJSP – rel. Des. Barbosa Pereira, citado em WATANABE, ob. cit., p. 125-126.

(77) Apud WATANABE, ob. cit., p. 12. Contra essa posição, afirmando que o cará- ter sumário do procedimento do mandado de segurança violaria o devido pro- cesso legal para formulação do pedido rescisório, v. MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 21.

(78) Trazendo trabalhos forenses com argumentação bastante convincente, v. BYKOFF, George. Mandado de segurança – Impetração contra sentença tran- sitada em julgado – Impossibilidade – Interposição de recurso extraordinário.

do STF no sentido da não admissibilidade do mandado de segurança em qualquer caso envolvendo coisa julgada.⁷⁹

Sem questionar o caráter excepcional da via mandamental, as várias situações levantadas neste item e no anterior, indicando a necessidade de aquele remédio constitucional ser utilizado em determinadas circunstâncias, colocam em questão a posição da Súmula 268 do STF. Não se trata de negar a excepcionalidade da via mandamental em casos em que haja coisa julgada. Trata-se isso sim de reconhecer a possibilidade de recorrer a esse remédio quando outras soluções do sistema processual não se mostrem eficazes à proteção do direito das partes.

A coisa julgada não deve ser vista como óbice intransponível à admissão eventual do mandado de segurança. Se a ação rescisória é a via adequada para atacar a decisão transitada em julgado, não é menos certo, também, ser ela mesma fruto de uma constatação básica: mesmo a coisa julgada pode não estar isenta de vícios e injustiças graves do sistema judicial. A questão, portanto, é saber se em qualquer situação a ação rescisória oferece solução adequada e eficaz para proteger o litigante na iminência de grave lesão em seus interesses.

O principal obstáculo oposto à eficácia da ação rescisória, nesse sentido, é a norma do art. 489 do CPC, ao estabelecer a não-suspensão da sentença rescindenda pela propositura daquela. Cogita-se, a esse propósito, da extensão da antecipação de tutela à rescisória,⁸⁰ mas coloca-se em dúvida a possibilidade de esta afastar de maneira absoluta a norma do art. 489. O acolhimento de medida cautelar e de mandado de seguran-

RePro 10/168-172, n. 40, out.-dez. 1985; PINTO, TERESA CÉLINA DE ARRUDA ALVIM; PINTO, NELSON LUIZ. Mandado de segurança contra decisão transitada em julgado. *RePro* 16/240-249, n. 61, jan.-mar. 1991. Em sentido contrário à tese sustentada no primeiro trabalho, v. RE 108393-PR, rel. Min. Célio Borja, *DJU* 21.08.1987, p. 16.772; a favor *RT* 627/225.

⁽⁷⁹⁾ Neste sentido, v. *RTJ* 89/316-319, 129/816-820, 143/681-683; também *AgRG* 265240-SP, rel. Min. Moreira Alves, *DJU* 01.09.2000, p. 109; *AgRMS* 22515-DF, rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* 04.04.1997, p. 10.531; *AgRMS* 22748-RJ, rel. Min. Moreira Alves, *DJU* 29.08.1997; *RMS* 22366-SP, rel. Min. Moreira Alves, *DJU* 13.09.1996, p. 33.248; *RMS* 21459-DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJU* 22.05.1992, p. 7.214.

⁽⁸⁰⁾ Cf. BARBOSA MOREIRA, ob. cit., p. 184; também, WAMBIER, ob. cit. Mandado de segurança..., cit., p. 99.

ça com a finalidade de suspender a execução do julgado rescindendo vsem encontrando fortes resistências na jurisprudência.⁸¹

Diante dessas dificuldades apresentadas pela ação rescisória, quando se trata de oferecer um remédio imediato e eficaz para atender a uma situação de risco de lesão a direito líquido e certo, a solução adotada por vários dos julgados comentados acima⁸² parece a mais adequada: nos casos em que a coisa julgada encerre decisão frontalmente contrária a preceitos basilares do direito, ensejando risco de lesão irreparável ao interessado, admitir-se-ia a formulação de pedido de rescisão do julgado por meio de mandado de segurança.

A Súmula 268 necessitaria, nesse sentido, de uma revisão com o propósito de um abrandamento de seus termos. "Pode-se prever que virá o dia (como veio para a Súmula 267) em que será abrandado o rigor da tese consagrada na Súmula 268 e o procedimento do mandado de segurança, embora sumário, passará a ser considerado compatível com a garantia do devido processo legal nos casos para cuja solução, mesmo em se tratando de rescindir sentença, seja ele suficiente e adequado".⁸³ Esse entendimento, a bem de uma mais efetiva e completa proteção jurisdicional, há de prosperar em relação à matéria.

12. Conclusão

Não obstante o caráter restritivo das Súmulas 267 e 268 do STF, a análise desenvolvida no presente trabalho buscou flexibilizar as posições cristalizadas em seus enunciados. Não por outra razão, evidenciou-se que os posicionamentos sumulados vêm sendo objeto de forte questionamento pela doutrina e — o que é sintomático — pela própria jurisprudência.

⁽⁸¹⁾ A esse propósito a Súmula 234 do TRF. Também, *RTJ* 117/1, *RT* 631/169, *STF*, *PetMC* 1797-8-SP, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 28.09.1999, p. 20. Inadmitindo mandado de segurança, *STJ*, *RMS* 306-SP, rel. Min. Gueiros Leite, *DJU* 10.09.1990, p. 9.122.

⁽⁸²⁾ Neste item e no anterior.

⁽⁸³⁾ MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 21. Contraria a uma interpretação literal da Súmula 268, v. SOUZA, Mônica Teresa Costa. Mandado de segurança e ato judicial. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil* 28/21-26, n. 67, jul.-dez. 1998.

Na verdade, as posições restritivas adotadas em abstrato pelo Supremo caem por terra diante do peso dos fatos: há situações que não encontram outro remédio para propiciar uma adequada prestação jurisdicional. O mandado de segurança para impugnação de atos judiciais impõe-se por força dos fatos e sua aceitação por nossas cortes se faz menos por aderência a textos legais, e mais por necessidade de justiça.⁸⁴

Se não o imperativo de justiça, a necessidade de prestar uma adequada tutela jurisdicional, em atenção aos mandamentos constitucionais, levou nossos tribunais a rever os posicionamentos das súmulas em questão, tarefa em parte realizada pelo próprio Supremo em relação à Súmula 267.⁸⁵

É certo que, em determinados momentos, o uso generalizado do remédio constitucional chegou às raias do exagero, gerando justificadas críticas da doutrina.⁸⁶ Essa utilização demasiada, no entanto, não deve servir para alimentar um preconceito contrário à possibilidade de utilização do mandado de segurança para impugnação de atos judiciais. Conforme sustentado acima,⁸⁷ o cabimento do mandado de segurança para o fim estudado é proporcional às imperfeições do próprio sistema jurisdicional e de sua incapacidade de gerar respostas adequadas para proteção dos direitos.

Exatamente por poder ser considerado um instrumento para correção de imperfeições do sistema jurisdicional, o mandado de segurança contra ato judicial deve ter uma esperada queda em seu uso após as recentes reformas do diploma processual.⁸⁸ A diminuição da frequência de seu uso, no entanto, não deve significar sua decadência enquanto instrumento constitucional fundamental à garantia de uma adequada prestação jurisdicional. Para tanto, o balizamento de seu cabimento deve estar pautado em critérios extraídos da própria Constituição.

Pensada em termos de sua aplicação para o processo, a exigência constitucional do direito líquido e certo deve ser compreendida a partir

(84) Sustentando que as decisões, admitindo o mandado de segurança contra atos judiciais, são marcadas pela louvável preocupação de fazer justiça, v. WATANABE, ob. cit., p. 98.

(85) V. comentários acima, em especial no item 2.

(86) V. nota 5, acima, e texto correlato.

(87) Em especial item 1.

(88) Especialmente em relação às Leis 9.139/95 e 10.352/2001.

de dois requisitos a serem verificados no caso concreto: a inexistência de medida ordinária – ação ou recurso –, prevista na legislação processual e capaz de dar uma resposta adequada e eficaz para a pretensão da parte; a existência de risco de lesão irreparável ou de difícil reparação. Esses dois requisitos, se bem considerados, são aptos a indicar o cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais.

A respeito desses requisitos cabem duas observações importantes. Primeiro, a resposta processual não deve ser considerada apenas em termos de adequação formal, mas responder, também, a um fator de eficácia, quer dizer, quanto às possibilidades concretas de atendimento da pretensão do litigante. Segundo, a lesão a ser evitada não precisa ser, necessariamente, irreparável, bastando, para tanto, que seja de difícil e de incerta reparação, para usar a terminologia adotada pelas alterações legislativas mais recentes.⁸⁹

Espera-se, ante a atual colocação da problemática, uma cautelosa aplicação das súmulas do STF, aguardando-se que não se deixe de levar em conta as diretrizes constitucionais que devem prevalecer. Suprimidas as causas determinantes de uma utilização demasiadamente frequente do mandado de segurança contra ato judicial, é tempo de uma cuidadosa e consciente revisão das súmulas estudadas, com a finalidade de retirar delas o caráter restritivo, totalmente impróprio à interpretação de uma garantia constitucional, e evidenciar critérios condizentes com as finalidades constitucionais do instituto, mantendo-o vivo para atender àqueles situações-limite, em relação as quais a pior saída é a aceitação do dano produzido pela falta de efetividade do sistema jurisdicional.

Bibliografia

ARAÚJO, Gisele Ferreira de. O mandado de segurança contra ato judicial em face da coisa julgada. *RevPro* 14/245-253, n. 53, jan.-mar. 1989.

ARRUDA ALVIM; ALVIM PINTO, Teresa Arruda. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre mandado de segurança contra ato judicial e medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso*. 2.ª série. São Paulo: RT, 1992.

ARRUDA ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar; mandado de segurança e ato judicial*. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.

(89) V. a nova redação do § 4.º do art. 523 do CPC.

- BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. Mandado de segurança contra ato judicial. *RePro* 9/24-33, n. 36, out.-dez. 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. V.
- BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. O mandado de segurança: contribuição para o seu estudo. *RePro* 66/122-137, abr.-jun. 1992.
- BYKOFF, George. Mandado de segurança – Impetração contra sentença transitada em julgado – Impossibilidade – Interposição de recurso extraordinário. *RePro* 10/168-172, n. 40, out.-dez. 1985.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. A auto-executoriedade dos atos da administração pública e o mandado de segurança. *Revista do Advogado* 21/97-101, n. 64, out. 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. Relativizar a coisa julgada. *Revista da Escola Paulista da Magistratura* 2/7-45, jul.-dez. 2001.
- FLAKS, Milton. *Mandado de segurança: pressupostos da impetração*. São Paulo: Forense, 1980.
- FERREIRA, Willian Santos. Breves reflexões acerca da tutela antecipada no âmbito recursal. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000.
- FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *A reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Rubens Camargo. Mandado de segurança contra indeferimento de liminar em mandado de segurança anterior. *RePro* 15/232-235, n. 58, abr.-jun. 1990.
- MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Mandado de segurança contra ato judicial. *RT* 682/7-23, ago. 1992.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil anotado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

- PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. Mandado de segurança contra ato judicial. *Revista do Advogado* 21/58-61, n. 64, out. 2001.
- PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim; PINTO, Nelson Luiz. Mandado de segurança contra decisão transitada em julgado. *RePro* 16/240-249, n. 61, jan.-mar. 1991.
- PONTES DE MIRANDA. *História e prática do habeas corpus*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.
- SOUZA, Mônica Teresa Costa. Mandado de segurança e ato judicial. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil* 28/21-26, n. 67, jul.-dez. 1998.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.
- _____. *Do mandado de segurança*. São Paulo: s.ed., 1953.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Mandado de segurança contra ato judicial. *Revista do Advogado* 21, n. 64/97-101, out. 2001..
- _____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.
- WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980.
- ZAVASCKI, Teori Albino. A função cautelar do mandado de segurança contra ato judicial. *RePro* 16/181-185, n. 64, out.-dez. 1991.