

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL E PRÁTICA FORENSE
MONOGRAFIA**

**MANDADO DE SEGURANÇA:
NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA LIMINAR**

**Acadêmico: Otávio Moreira da Silva Neto
Orientadora: Prof^ª: Marilda Machado Linhares**

Florianópolis, julho de 1.997

OTÁVIO MOREIRA DA SILVA NETO

**MANDADO DE SEGURANÇA:
NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA LIMINAR**

Trabalho de conclusão de curso desenvolvido nas disciplinas Monografia I e II (DPP 5801 e 5802) cuja apresentação é requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis, julho de 1.997

... hoje se esqueceu a distinção entre direito e política, entre o legislar e o governar; na realidade hoje se administra e governa por meio das leis, não segundo as leis. “Nicola Matteucci”

**Dedico este estudo ao
“Otávio”, meu avô e;
“Evandro Nagel” (*in memoriam*), que juntos iniciamos esta árdua
jornada porém, infelizmente, não a completou.**

Agradeço

Aos meus pais que acreditaram e depositaram suas vidas em mim;

Às queridas irmãs que, em meu coração, sempre estiveram;

Aos amigos e amigas cujo caminho estamos percorrendo juntos;

A todos os mestres que me auxiliaram a chegar até aqui;

E a todos aqueles que compartilharam de alegrias e tristezas.

**MANDADO DE SEGURANÇA:
NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA LIMINAR**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	02
CAPÍTULO I	05
1. Histórico e evolução legislativa do Mandado de Segurança	05
2. Institutos afins no direito comparado	09
3. Conceito de Mandado de Segurança	15
3.1. Direito líquido e certo	17
3.2. Não amparado por “ <i>habeas corpus</i> ”	20
3.3. Ato de autoridade pública	22
4. Natureza jurídica da ação de Mandado de Segurança	26
CAPÍTULO II	29
1. Considerações acerca de uma tutela jurisdicional específica	29
2. Tutela cautelar	33
3. Tutela antecipada	39
CAPÍTULO III	48
1. Aspectos teóricos da medida liminar	48
2. Medida de urgência no rito do Mandado de Segurança	52
3. Natureza jurídica da medida liminar no Mandado de Segurança	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
BIBLIOGRAFIA	68

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso versa sobre a questão acerca da função exercida pela medida liminar no mandado de segurança, isto é, trata-se de uma tentativa de abordar e vislumbrar dentre os entendimentos que existem no meio jurídico-doutrinário brasileiro, aquele que mais se identifica com a previsão contida na legislação do mandado de segurança no que diz respeito a medida liminar. Em outras palavras, identificar se esta providência de urgência exerce funções cautelar, satisfativa ou, ambas concomitantemente.

Cumprindo ainda ressaltar que a presente monografia divide-se em três capítulos, sendo que no primeiro, de início, é realizado um estudo acerca do histórico legislativo da ação de mandado de segurança no Brasil, para em seguida ser tecida alguns comentários sobre as influências de institutos afins previstos na legislação alienígena e que contribuíram para o surgimento e desenvolvimento teórico de tal ação.

Dando-se continuidade a este capítulo, passamos a nos ater ao conceito legal do mandado de segurança, sendo que para tanto, subdividiu-se

a previsão legislativa em três tópicos, porque para chegarmos a noção do que vem a ser o mandado de segurança, necessário termos conhecimento dos aspectos conceituais que se fundem no intuito de defini-lo, assim, em primeiro lugar faz-se necessário a conceituação de direito líquido e certo; em seguida, devemos ter noção da exclusão conceitual que o legislador faz em relação aos direitos protegidos pelo "*habeas corpus*" e por fim, a determinação da legitimidade passiva da ação. A partir de tais noções poderemos saber para que serve o mandado de segurança, bem como seus limites.

No último tópico deste capítulo reservamos um momento para análise da natureza jurídica da ação do mandado de segurança, porque para podermos chegar a natureza de um ato dentro deste processo, precisamos saber qual sua característica determinante.

A seguir, após a análise da ação do mandado de segurança, passamos à análise do momento por qual passa o direito processual, ou seja, a necessidade da busca por efetividade das providências jurisdicionais e a correspondência de tutelas específicas para determinadas situações de direito material, em virtude do princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Assim, estabelecemos as características da tutela cautelar e suas funções bem como seus requisitos e, em seqüência, expusemos o entendimento sobre o instituto jurídico da tutela antecipada, inovação ocorrida no direito processual civil.

O terceiro e último capítulo foi aberto com um tópico acerca das medidas liminares, questão necessária para o deslinde do trabalho. Foi proposta uma divisão de tais providências procedimentais com base na pesquisa realizada, definindo inclusive suas funções e dividindo-as em medidas liminares concedidas em processos cautelares, medidas que possuem função satisfativa e por último, medidas que possuem ambas funções ao mesmo tempo.

A partir de então foi traçada as diretrizes da liminar no mandado de segurança, através dos requisitos que ensejam sua concessão e previstos na legislação específica para, baseando nesses chegarmos a uma determinação entre várias que existem, de qual é a natureza de tal medida quando de sua concessão.

CAPÍTULO I

1. Histórico e evolução legislativa do Mandado de Segurança

O legislador constitucional de 1988 ao preceituar no inciso LXIX, do art. 5º, que “*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por ‘habeas corpus’ ou ‘habeas data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*”, nada mais fez do que manter um instrumento de defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão contra abusos da administração pública. Tal instrumento, ou seja, o mandado de segurança, teve como primeiro momento legislativo a Constituição Federal de 1934, mas, para se chegar a tanto, houve um caminho percorrido por todos aqueles que entendiam pela necessidade de se criar um instrumento jurídico capaz de tutelar os direitos individuais violados, ou até mesmo ameaçados, por atos ilegais de autoridades públicas.

No breve estudo histórico a ser realizado, temos como ponto de partida a Constituição brasileira de 1891, em virtude de ser a primeira da

República e onde havia a preocupação de quebra com o antigo regime monárquico, então fazia-se necessário a instituição de instrumentos capazes de assegurar a nova forma de governo bem como o Estado de Direito. Nesta Carta Magna, o art. 72 previa no seu § 22¹, o instituto do '*habeas corpus*', preceito baseado no Código Criminal de 1830 e, utilizado para proteger todo e qualquer direito líquido e certo violado por autoridade pública.

Ocorre que quando o '*habeas corpus*' foi utilizado para tutelar interesses diversos daqueles que a construção jurídica lhe dera, os efeitos surtidos não foram os desejados, entretanto, a delimitação do campo de atuação deste tão somente para proteger a liberdade de locomoção veio somente a surgir tempo depois.

Mesmo com a previsão constitucional do '*habeas corpus*', houve por parte dos juristas da época a tentativa de utilizar o contencioso administrativo para buscar soluções e dirimir os conflitos de natureza civil decorrentes da relação entre a Administração Pública e os administrados, porém sem qualquer sucesso, como também, a utilização de ações possessórias, uma vez que a tutela pretendida, como essas, era uma prestação '*in natura*'.

Para responder ao clamor dos juristas, em 20.11.1894, o legislador editou a Lei n. 221, norma de caráter processual prevendo a Ação

¹ - Art. 72, § 22: "Dar-se o '*habeas corpus*', sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder".

Anulatória de Atos Administrativos. Entretanto, foi repudiada em virtude de sua ineficácia, repercutindo assim, na reutilização, com certa resistência, do '*habeas corpus*', ampliando seu campo de incidência. Porém, os limites deste foram traçados com a reforma constitucional de 1926 que modificou o teor do § 22, do art. 72, da Constituição de 1891², limitando-o a tão-somente garantir a liberdade física de locomoção, via de conseqüência, os demais direitos individuais ficaram a mercê do Poder Público.

A partir de então, através da influência de estudos comparados sobre o direito português, mexicano e anglo-americano, bem como, em decorrência de discussões em Congressos Jurídicos³, chegou-se ao

² - Art. 72, § 22: "Dar-se-á o '*habeas corpus*' sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

³ - "A idéia de um remédio paralelo ao *habeas corpus* e nascido desses antecedentes surgiu no Congresso Jurídico de 1922, Seção de Direito Judiciário, 'O eminente deputado Alcântara Machado, então presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, traçou com mão de mestre o histórico do mandado de segurança, nos seus antecedentes, na fase das iniciativas legislativas após a Reforma Constitucional de 1926, na Comissão do Itamarati, onde tiveram mais destacada atuação no exame desses assuntos os Srs. João Mangabeira, Temístocles Cavalcanti, Carlos Maximiliano e Afrânio de Melo Franco, que superiormente a presidia - até a Constituinte. '.... 'A mesma necessidade aludiu o Sr. Artur Bernardes na mensagem que provocou a Reforma Constitucional de 1926: a par da conveniência de fixar os limites do *habeas corpus*, insistia a mensagem na utilidade da criação de ações rápidas e seguras, que o substituíssem nos casos que não fossem de ilegal constrangimento ao direito de locomoção e à liberdade física do indivíduo. ... 'No mesmo sentido se pronunciou Herculano de Freitas, relator geral do projeto de reforma: 'se as nossas leis processuais se acham desprovidas de meios rápidos e eficientes para reparar a ofensa a respeitáveis direitos, é o caso de se criarem e regularem remédios judiciais, sem desnaturar o *habeas corpus*, aplicando-o a fins a que se não deve prestar, e em alguns dos quais o seu uso representa flagrante injustiça, pela situação inferior em que coloca uma das partes no litígio, estranha ao processo'. 'Feita a revisão constitucional, modificado o art. 72, § 22, o Sr. Gudesteu Pires tratou de acudir imediatamente a esses apelos com a apresentação do Projeto n. 148, de 1926. O trabalho muitíssimo valioso do ilustre ex-deputado por Minas Gerais estabelecia um processo que, embora inspirado no *writ of mandamus* e no *writ of injuncion* anglo-americanos, e no *recurso de amparo* de origem mexicana, aproveitava fartamente o que dispunha o direito brasileiro, com referência ao *habeas corpus* e à ação sumária especial." NUNES, José de Castro. 'Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público'. 9ª ed., RJ: Forense, 1987, ps. 02, 04 e 06.

dispositivo constitucional de 1934⁴, que se caracteriza como a “certidão de nascimento” do mandado de segurança.

A regulamentação do dispositivo constitucional de 1934 ocorreu através da Lei 191, de 16.01.1936, que estabeleceu o procedimento e a abrangência da ação do mandado de segurança.

No ano de 1937, a Constituição do Estado Novo não fez referência ao mandado de segurança e por outro lado, recebeu a Lei 191/36 severa restrição, decorrente do Decreto-lei n. 06, de 16.11.37 e do Decreto-lei n. 96, de 22.11.37, onde ficou ressalvado que não caberia a impetração de mandado de segurança contra o Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores, Interventores e Prefeito do Distrito Federal (Dec-lei n. 96/37).

Ainda, outras restrições surgiram com o advento do Código de Processo Civil de 1939, que disciplinou questões processuais referentes ao mandado de segurança, bem como, sobre concessão de segurança contra atos judiciais.

Já com a Constituição de 1946⁵ ressurgiu o mandado de segurança como instrumento jurídico constitucional de garantia de direitos do cidadão contra atos abusivos de qualquer tipo de autoridade.

⁴ - Art. 113, n.33: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa do direito certo e incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus* devendo ser ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações peremptórias competentes”.

E como ápice de toda a evolução legislativa do mandado de segurança surgiu em 31.12.51 a Lei n. 1.533, que regula e sistematiza atualmente a ação judicial do mandado de segurança, revogando a Lei 191/36 e os dispositivos pertinentes encontrados no Código de Processo Civil, entretanto, mesmo sendo o texto mestre, houve diversos atos normativos que o disciplinaram e, também, modificaram-no, e sendo lembrada pelos legisladores constituintes em todas as Cartas Magnas subsequentes (1967, art. 153, § 20; EC n. 01, de 17.10.69, art. 153, § 21; 1988, art. 5º, LXIX)⁶.

Atualmente, significativo aperfeiçoamento ocorrido, foi a previsão do mandado de segurança coletivo na Constituição atual, onde associações, sindicatos e entidades de classe podem impetrar o mandado de segurança com intuito de assegurar direitos de seus filiados ou associados e não somente o direito próprio, como ocorria na CF de 1967/69.

2. Institutos afins no direito comparado

⁵ - Art. 141, § 24: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por ‘*habeas corpus*’, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

⁶ - Art. 150, par. 21, CF/67: “Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por ‘*habeas corpus*’, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”;

Art. 153, par. 21, CF/67, modificada pela EC 01, de 17.10.69: “Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito líquido e certo não amparado por ‘*habeas corpus*’, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”;

As influências jurídico-doutrinárias marcantes acerca do mandado de segurança são as contidas no direito da “*common law*”⁷, no direito português e no mexicano, em virtude de existir nestes ordenamentos institutos congêneres e assemelhados ao mandado de segurança porém, não idênticos.

Tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos temos os chamados “*writs*”, entretanto, mesmo encontrando em ambos países institutos jurídico com nomes idênticos, suas função mesmo que assemelhadas possuem nuances próprias no que concerne a destinação e ao procedimento, porém, com as mesmas características de imperatividade e cujas funções são de garantia de direitos individuais quando violados pelo poder político.

Como exemplo, podemos citar alguns remédios encontrados no direito norte-americano, entre eles, o “*writ of injunction*” que

“tem por finalidade proibir entidade pública ou privada de praticar ato lesivo de direito líquido e certo do particular ou da administração pública”⁸, o “certiorari” que “é um writ utilizado para rever decisão editada pela administração, a fim de anular ou

⁷ - “A fonte primeira do direito, no sistema anglo-saxônico, é o “case law”, que de muito supera a lei, elaborada pelo legislador. Vale o precedente. O precedente judiciário é fonte primeira da informação legislativa. Assim, ao passo que nossos juristas, diante dos quais se apresenta um caso, procuram quase indistintamente os artigos do Código e deste partem para deduzir a solução, os especialistas ingleses e americanos procurarão precedentes no “case law” anterior que se relacione com problema proposto. Somente depois de haverem examinado as decisões judiciais, pertinentes ao caso concreto com que se defrontam, é que procederão indutivamente à resolução do problema. CRETELLA Jr., José. “Os ‘Writs’ na Constituição de 1988”. RJ: Forense. 1ª ed., 1989, p. 01.

⁸ - FIUZA. Ricardo Arnaldo Malheiros. ‘Mandado de Segurança e de Injunção’ - coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 1990. SP: Saraiva. p. 52.

reformular decisão ... É usado para fazer chegar a tribunal superior decisão de tribunal inferior ou autoridade administrativa subalterna para que essa decisão possa ser investigada. 'Se a decisão não passar no teste, é ela desfeita, anulada ou suprimida, isto é, declarada completamente inválida, sem eficácia, de tal modo, que ninguém precisa respeitá-la. É um remédio mais público do que privado"⁹, o "**quo warranto**" que é o "writ utilizado para impedir usurpação de franquia ou privilégio. Foi mais tarde estendido para que se esclarecesse quem tinha direito a um cargo de fiança. Na origem, era o writ que obrigava alguém a provar em virtude de que direito exercia cargo, franquia ou privilégio. É também o processo legal destinado a que se devolva cargo, franquia ou privilégio, de uma pessoa a outra pessoa que deles tenha posse, iniciado o procedimento com base em informações. Significa, também, a própria informação"¹⁰, o "**injunction**", "também denominado prohibition, é o writ utilizado para impedir que a administração tome alguma iniciativa, quando iria tomá-la ... Trata-se de ordem que exige que a pessoa deixe de desobedecer a lei, como, por exemplo, cometendo uma contravenção ou quebra de contrato, sendo reprimida, se necessário, com prisão, multa, por desrespeito ao tribunal, ou por apreensão da propriedade"¹¹ e, também, o "**writ of mandamus**" que é uma "ordem escrita, editada por uma Corte de instância mais alta para Corte de inferior instância ou para uma corporação, cidade ou funcionário, obrigando a administração a fazer aquilo que ela se negara a fazer"¹².

No México, a arbitrariedade administrativa é combatida pelo "**juicio de amparo**", que possui objetivo de tutelar direitos subjetivos públicos

⁹ - CRETELLA Jr., José. 'Do Mandado de Segurança'. 2ª ed., RJ: Forense. 1980, p. 77.

¹⁰ - CRETELLA Jr., José. Ob. cit. p. 77/8.

¹¹ - CRETELLA Jr., José. Ob. cit. p. 77.

previstos na Constituição quando ofendidos, sendo sua função nitidamente de garantia, funcionando, assim, como os instrumentos análogos do direito anglo-americano.

“Surge precisamente o “amparo” quando ocorre, em concreto, circunstância que leva a considerar que a satisfação do interesse substancial tutelado pelo direito já não pode ser conseguida sem recorrer-se à autoridade judicial, ou seja, quando se verifica, em concreto, a circunstância que torna indispensável por em prática a garantia constitucional.

“A priori, o “amparo” é um controle constitucionalmente estabelecido para que, por solicitação da parte agravada, os tribunais federais apliquem, desapliquem ou não apliquem a lei ou o ato reclamados” (Brisenõ Sierra, El amparo mejicano, 1971, p. 144). Costuma-se considerar o “amparo” como uma projeção do “habeas corpus”, estendido à totalidade dos direitos e das liberdades individuais. É utilizado, por isso, como garantia destinada a remover a privação ilegítima dessa liberdade por detenção, prisão, etc. E o “amparo”, com categoria ampla, alcança todos os demais direitos distintos da liberdade corporal, como, por exemplo, a liberdade de imprensa, o direito de trabalhar, a propriedade” (German J. Bidart Campos, Derecho de amparo, 1961, p. 91).

‘Tenha-se presente que, no México, o juízo de amparo objetiva um fim superior, qual seja, o da defesa da Constituição, em todos os aspectos (...)’¹³.

Além dos antecedentes encontrados no direito anglo-americano e mexicano, a doutrina salienta que devemos, quando do estudo histórico do

¹² - CRETELLA Jr., José. Ob. cit. p. 04.

¹³ - CRETELLA Jr., José. Ob. cit. p. 06.

mandado de segurança, nos ater ao direito lusitano ou “direito brasileiro antigo” que também previa instrumentos capazes de afastar ilegalidades cometidas por pessoas vinculadas ao rei e, principalmente, por tratar-se de legislação que marcadamente influenciou o direito brasileiro.

A “apelação extrajudicial” das ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas, apreciava questões que como no mandado de segurança, a parte passiva-coatora era uma entidade vinculada ao poder, à época, o Rei, garantindo aos súditos o recurso quando se sentissem prejudicados.

Ademais, também nas ordenações filipinas encontra-se a definição e a regulamentação do que vem a ser a “segurança real”.

“As ‘cartas de segurança’ eram, segundo Marcello Caetano, ‘um instrumento público em que se consignava a garantia do respeito dos direitos de um indivíduo ameaçado por outrem, fosse particular, fosse autoridade pública, dada pelo ameaçador, ou pelo juiz em nome de El-Rei’, podendo ser utilizada tanto no campo criminal como no campo cível (...)”¹⁴.

Vislumbra-se assim, que o direito anglo-americano, o mexicano e o lusitano, também possuíam ou possuem instrumentos de garantia dos direitos fundamentais do homem contra as ilegalidades e abusos cometidos pelo poder soberano através de seus agentes.

¹⁴ - FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Ob. cit. p.49.

Todos os instrumentos jurídico processuais acima citados são meios que o Estado põe à disposição do administrado, para garantir seus interesses e direitos perante o arbítrio do próprio Estado.

“Tratando dos direitos dos cidadãos diante do poder público, Gabino Fraga salienta que ‘a importância destes é de tal alcance que, na realidade, a configuração de um sistema de direito administrativo, num país e num momento histórico determinados, só pode ser conseguida se se conhecem a fundo quais os direitos e garantias de que gozam os administrados, diante da atuação do poder público. Examinar a consequência de tais direitos e garantias, ver até que ponto é real e não apenas aparente o sistema organizado para a proteção contra a arbitrariedade das autoridades, é chegar a conhecer se o Estado se encontra efetivamente submetido ao direito ou se, ao contrário, o direito público não é senão uma ilusão inspirada pelos governantes para dar uma aparência de legalidade a seus excessos e injustiças”¹⁵.

Embora a previsão legal do mandado de segurança ter surgido tão somente com a Constituição de 1934, sempre houveram tentativas de nossos juristas na busca de uma tutela específica para garantir o direito dos administrados perante os abusos cometidos pela administração pública. Ademais, por ser um instituto jurídico de suma importância para o Estado de Direito, seu aperfeiçoamento torna-se necessário, devendo caminhar junto com as modificações da sociedade e do Estado, onde tanto juristas como os

¹⁵ - CRETELLA Jr., José. Ob. cit., p. 06

demais operadores do direito, exercerão papel imprescindível na sua utilização prática, bem como na construção legislativa e jurisprudencial.

3. Conceito de Mandado de Segurança

Acerca do conceito do mandado de segurança é o próprio legislador que o define, senão vejamos:

“Art. 1º (Lei 1.533, de 31.12.51) - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por “habeas corpus”, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

“Art. 5º, inc. LXIX (CF/88): Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas corpus” ou “habeas data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Tais definições, da maneira que são colocadas, ao mesmo tempo que expressam palavras de cunho imperativo, nos dão uma superficial

noção do que vem a ser o mandado de segurança, sendo necessário uma interpretação pelas partes componentes desta definição legal.

Assim, observa-se claramente dos dois preceitos normativos que dispõe acerca de tal instrumento jurídico que a finalidade do mesmo é proteger direito líquido e certo, porém, somente aquele não amparado por “*habeas corpus*” (“*habeas data*”) e quando houver um ato emanado de agente vinculado ao Poder Público.

Então, para podermos aprofundar o entendimento acerca do mandado de segurança à luz das normas constitucional e infraconstitucional, necessário o estudo sobre os três aspectos acima levantados, de forma a chegarmos senão a um conceito, talvez uma noção do que vem a ser o mandado de segurança¹⁶.

¹⁶ - Além dos três aspectos abordados nesta monografia que estão contidos no conceito da ação do Mandado de Segurança, um quarto também de grande importância é acerca da lesão ou ameaça de lesão. Importa registrar que tal questão não foi levantada no contexto do trabalho em virtude de que caso isto ocorresse outras questões deveriam também ser apreciadas o que, por reflexo, haveria um afastamento do objeto proposto para o presente trabalho de conclusão de curso. Porém, acerca da lesão, o mestre José Cretella Jr., em sua obra ‘Comentário à Lei do Mandado de Segurança’, com maestria aborda tal questão, a qual, neste momento, passamos a expor: “A expressão ‘direito ameaçado’ já constava na Lei 191, de 1936, e no Código de Processo Civil de 1939. No *caput* deste artigo, o legislador preferiu a expressão ‘justo receio de sofrê-la’ ... Sofrer coação = direito violado; houver justo receio de sofrer coação = direito ameaçado. Nesta altura da lei, a ameaça pode dirigir-se a várias pessoas, podendo qualquer delas requerer o mandado de segurança. A expressão direito violado designa a lesão concreta, na prática, verificada, consumada. Não é algo *in potentia*, como na ameaça; é algo *in actu*. A Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936, referia-se à hipótese da não individualização precisa do respectivo titular, caso em que caberia, indeterminadamente, a uma ‘ou a mais de uma’ dentre determinadas pessoas impetrar o mandado de segurança sempre que o direito certo e incontestável fosse ameaçado ou violado (art. 6º §1º). O legislador pretendeu, nesta lei, conferir ao mandado de segurança caráter inequivocamente individual, mediante cuja postulação caberia tão-somente ao lesado. Esta lei é tão criticável, tão absurda, que, no §2º deste art. 6º, diz que quem tiver seu direito certo e incontestável ameaçado ou violado em consequência de ameaça ou violação a direito igualmente certo e incontestável de terceiro deveria notificar, em época oportuna, este mesmo terceiro para que impetrasse mandado de segurança, a fim de salvaguardar o seu direito. Isto sob pena de o terceiro responder por indenização completa de perdas e danos decorrentes da omissão. Consiste o absurdo de o titular de um direito violado ou ameaçado ter ainda de responder pelas perdas e danos em favor de outro. O Código de Processo Civil de 1939 em seu art. 319, §1º, corrigiu o erro, passando a considerar ‘uma categoria de pessoas indeterminadas’, mas manteve a mesma regra restritiva da Lei de 1936, por ele revogada, já que estas são leis

Desta forma, começaremos por primeiro fazendo a análise do que vem a ser “direito líquido e certo”.

3.1. Direito líquido e certo

No plano da ação especial que é o mandado de segurança a liquidez do direito refere-se a sua própria incontestabilidade, uma vez que deverá sempre ser decorrente de lei, enquanto que a certeza é a sua demonstração no plano fático através de prova documental apresentada

federais; durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, o mandado de segurança permanecia remédio de caráter pessoal intransferível, só utilizável pelo próprio titular ou pelos titulares do direito agravado. Observa-se que a atual Lei n. 1.533, de 1951, que estamos comentando, ampliou o que as primitivas normas pretenderam manter em limites mais restritos. Agora, qualquer lesão praticada contra o direito de uma coletividade (‘várias pessoas’) está sancionada pela norma legal. Admitamos que se trata do provimento de determinado cargo público e que por ato administrativo se exige requisito que fere direito líquido e certo a todos aqueles que potencialmente possam concorrer a esse cargo. Trata-se de concurso e, neste caso, o direito ameaçado cabe a várias pessoas, podendo qualquer delas impetrar o mandado de segurança. O direito será violado no instante em que determinada pessoa, pretendendo inscrever-se, tenha o seu requerimento negado, com apoio no ato administrativo potencialmente ameaçador. Pode impetrar, pois que o direito já violado no instante em que se editou esse ato administrativo. De qualquer modo, aqui, queremos frisar que se trata de direito ameaçado ou violado, referente a várias pessoas, sendo que qualquer delas é titular de direito para impetrar mandado de segurança. Exemplo típico é o caso de várias pessoas aprovadas em concurso e, dentro do prazo de validade do concurso, ocorrendo vaga, ser esta preenchida pelo Chefe do Executivo, que não nomeia um dos aprovados mas pessoa diversa, que não prestara concurso. Sem o dispositivo, nenhum dos prejudicados poderia ir a juízo defender o direito comum lesado, porque ainda, em nenhum deles, se individualizara o direito à nomeação. A concessão do mandado, permitida pela lei, criará para a autoridade a obrigação de proceder ao preenchimento da vaga, nomeando para ela um dos aprovados, ou, conforme disser o edital, o de maior nota na aprovação. do mesmo modo, havendo 100 vagas e 100 candidatos aprovados, a nomeação deve obedecer rigorosamente a ordem de classificação. A nomeação, pela autoridade competente, de qualquer candidato, em desobediência à ordem classificatória, fere direito líquido e certo dos demais colocados em posição melhor na tabela classificatória, o que possibilita a qualquer dos outros candidatos a impetração de segurança contra o ato ilegal da nomeação aludida.”

juntamente com o pedido de segurança, trata-se assim, de conceito nitidamente processual pois vincula o direito as provas do processo, isto é, os fatos que demonstram o direito previsto em lei.

Assim, sendo o fato incontestável plenamente provado, o juiz apreciando as questões de direito poderá conceder ou denegar a ordem¹⁷.

Alfredo Buzaid, citado por Cretella Jr., afirma que

“o conceito de direito líquido e certo, embora se avizinha ao de título líquido e certo, com ele não se confunde; ao contrário, até se pode dizer que esta última idéia serve utilmente para estreitar o conceito de direito líquido e certo. O título líquido e certo é aquele que já contém uma declaração do direito constante do documento. Torna certa a obrigação e determinado o seu valor. Em virtude dessas características formais e substanciais, o legislador conferiu a essa categoria de direitos ação executiva, na qual o autor nada tem que demonstrar, porque o documento vale por si como prova da obrigação; se o réu tem matéria relevante para impugnar a eficácia do título, há de argüí-la, na contestação, abrindo-se assim a discussão de mérito. De outro modo, a ação será julgada procedente, sem que o autor tenha que provar qualquer coisa. O direito líquido e certo, há de ser mais do que o título líquido e certo, do ponto de vista substancial, embora seja menos do que ele do ponto de vista formal. Não é de sua essência que esteja representado por um documento; pode-se dizer que geralmente não é, porque deriva da Constituição ou das leis. Mas, em compensação, para defini-lo não basta dizer que se trata de direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurada de plano, sem detido exame nem

*laboriosas cogitações. Este conceito está repassado de acentuado subjetivismo, pois o que para um pode ser evidente e translúcido, para outro será duvidoso e controvertido. O que a nosso ver, esclarece o conceito de direito líquido e certo é a idéia de sua incontestabilidade, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pelo poder público que praticou ato ilegal ou de abuso de poder*¹⁸.

Pontes de Miranda define direito líquido e certo, conceituando-o como sendo *“aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações; que é, de si mesmo concludente e inconcusso*¹⁹, ou seja, para ele não há necessidade de dilação probatória para demonstração do direito líquido e certo, desde que os aspectos fáticos sejam provados sem qualquer dúvida quando pleiteada a segurança pois, caso dependa de provas passa a ser contestável e conseqüentemente ilíquido e incerto.

Celso Barbi assevera:

“Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a característica de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados

¹⁷ - Acerca do conceito de “direito líquido e certo” o entendimento dominante é o baseado nas considerações expendidas pelo Min. Costa Manso na decisão do MS333, determinando uma linha de pensamento que apregoa ser a definição do direito líquido e certo tipicamente processual.

¹⁸ - *Apud* CRETELLA Jr., José. Ob. cit. p. 31.

¹⁹ - *Apud* CRETELLA Jr., José. Ob. cit. p. 06.

de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é a adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos”²⁰.

Então, direito líquido e certo caracteriza-se por ser um direito subjetivo (baseado numa relação fático-jurídica pois vincula-se a um fato descrito numa norma) e passível de ser provado de forma indubitosa quando da impetração do mandado de segurança. Ou seja, a liquidez, incontestabilidade do direito é a previsão do fato contida na lei, enquanto que a certeza é a comprovação de plano dos fatos através de documentos.

3.2. Não amparado por “*habeas corpus*”

Acerca deste tópico, nitidamente o legislador determinou a conceituação do mandado de segurança através da exclusão em relação ao “*habeas corpus*”, atribuindo ao intérprete o esforço de distinguir em tais ações qual o interesse tutelado para que se determine a via judicial adequada.

A distinção entre mandado de segurança e “*habeas corpus*” se deve a construção jurisprudencial quando ainda não havia um instrumento

²⁰ - *Apud* FERRAZ, Sérgio. ‘Mandado de Segurança (individual e coletivo). Aspectos Polêmicos’. 1992. SP:

jurídico capaz de tutelar os direitos civis do cidadão. O marco histórico de tal distinção citado na doutrina ocorreu em 1947 e foi uma decisão no Supremo Tribunal Federal²¹. Nota-se que já havia no ordenamento jurídico nacional a figura do mandado de segurança, porém os limites que separavam as duas ações não estavam nitidamente traçados e foi com esta decisão que se balizou o entendimento de que o “*habeas corpus*” é o meio de assegurar a liberdade de locomoção.

Ademais, ambos visam proteger liberdades do cidadão que num aspecto geral podem ser a segurança individual, a própria liberdade de locomoção, a liberdade corpórea, a inviolabilidade de domicílio, a liberdade de associação, a liberdade de ensino, a de imprensa, a liberdade econômica,

Malheiros Editores. p. 21/22.

²¹ - ... A reforma de 1926 procurou delimitar o campo do *habeas corpus*, reduzindo-o, tão-só, à proteção da liberdade corporal. Em 1934, o mandado de segurança cobre a faixa que fora subtraída ao *habeas corpus*, residualmente. Todo ato ilegal ou eivado de abuso de poder que não atinja a liberdade poderá ser impugnado pelo mandado de segurança. ... A partir de 1937, porém, a orientação da jurisprudência firma-se no sentido de que o *habeas corpus* é “remédio específico para a liberdade de locomoção”, reservando-se o mandado de segurança para “outros direitos ameaçados ou violados”. ... A distinção entre o campo reservado ao mandado de segurança e o destinado ao *habeas corpus* resultou de lenta, mas reiterada e progressiva elaboração pretoriana de nosso tribunais. ... Distinção completa e nítida entre o mandado de segurança e o *habeas corpus* foi estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, na Sessão Plenária de 28 de maio de 1947, sendo relator o Min. Castro Nunes, por ocasião do julgamento do HC 29.765, requerido pelo dirigente do Partido Comunista Brasileiro, para que pudessem continuar a gerir os interesses da sociedade civil, depois de cancelado o registro partidário, por decisão da Justiça Eleitoral e efetivado por ordem do Ministro da Justiça, tendo sido a ordem denegada, unanimemente, por entender-se inidôneo o remédio impetrado, porque não se tratava de assegurar a liberdade de locomoção. Todos os Ministros do STF acompanharam o voto do magistrado relator, exarado nos seguintes termos: “O que se reclama não é somente o direito de entrar e sair da sede da agremiação partidária, mas o de exercer atos de administração da sociedade civil, cujo funcionamento está sendo reivindicado, com os meios necessários, ainda subsistente a associação civil remanescente; no tocante à disposição de seus haveres é que se pede o *habeas corpus*, remédio manifestamente inidôneo para os direitos que se dizem violados pelo argüido excesso de autoridade. O *habeas corpus* protege a liberdade de locomoção e esgota-se na proteção dessa liberdade. Ao tempo de jurisprudência extensiva que atribuía ao velho *writ*, na falta de outro remédio adequado, a virtude de alcançar outros direitos pelo argumento de que estaria subordinado o seu exercício àquela liberdade-condição, seria possível utilizá-lo para atingir ao que então se chamava, com Pedro Lessa, o direito-escopo. Ainda assim, já àquele tempo, registraram-se casos em que o Supremo Tribunal o declarou inidôneo para admitir, *verbi gratia*, o fechamento de estabelecimento comercial ou, de um modo geral, para garantir o exercício da profissão comercial.

compreendendo aí, o trabalho, a indústria e o comércio porém, quando da delimitação legal do campo de atuação das duas ações, tais interesses não possuíam um conceito delimitado e adequado como são atualmente e, num primeiro momento evidente e possível a dúvida quando da utilização das ações.

Desta forma, temos que ter em mente que tal conceito por via de exclusão, nos dias atuais é desnecessário, tal medida foi utilizada tão somente para suprir deficiências iniciais do instituto jurídico do mandado de segurança.

A autonomia do mandado de segurança é patente, pois apresenta-se com princípios e procedimentos próprios sendo a correlação com a liberdade de locomoção como acima afirmado, desnecessária em virtude do atual entendimento conceitual de direito líquido e certo a ser protegido pelo mandado de segurança em contrapartida ao direito de locomoção tutelado pelo "*habeas corpus*", bem como os avanços na construção jurisprudencial.

3.3. Ato de autoridade pública

O fato do legislador prever que o ato (ou omissão) passível de violar ou ameaçar o direito líquido e certo de um cidadão, deve ser emanado de uma autoridade pública é de grande importância prática para a definição do pólo passivo do mandado de segurança.

Por outro lado temos, de início, que referido ato marcado por ser abusivo e ilegal é antes de tudo um ato administrativo e como qualquer ato jurídico, possui elementos próprios e que o diferenciam dos demais.

Vários são os conceitos que encontramos na doutrina brasileira acerca do ato administrativo, sendo, basicamente, *“a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”*²².

Os atos da administração, entre os quais se inclui o ato administrativo são os meios pelos quais o Estado alcança seus fins, devendo estar de acordo com os princípios norteadores da atividade administrativa, principalmente a finalidade, legalidade, impessoalidade e moralidade, entre outros.

²² - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 'Direito Administrativo'. 5ª ed., SP: Atlas, 1995, p. 162. (“... considera-se ato de autoridade todo aquele que for praticado por pessoa investida de uma parcela de poder público. Esse ato pode emanar do Estado, por meio de seus agentes e órgãos ou de pessoas jurídicas que exerçam funções delegadas. Isto quer dizer que abrange atos praticados pelos órgãos e agentes da administração direta e da indireta (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos). E abrange também atos emanados de particulares que ajam por delegação do poder público. É o que decorre do próprio preceito constitucional, que fala em ilegalidade ou abuso de poder praticado por ‘autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público’. Outro pressuposto do mandado de segurança é a ilegalidade ou abuso de poder. Bastaria a menção à

De outro parte, são os agentes públicos, os sujeitos que determinados por lei, estão incumbidos de movimentarem a máquina burocrática do Estado, podendo estar em qualquer de suas esferas, ou seja, administrativa, legislativa e judiciária bem como, pessoas que exercem alguma atividade política e, também, todos os particulares que estão em colaboração com o poder público.

Assim, tais agentes são considerados autoridades coatoras em nível de mandado de segurança, quando praticarem atos abusivos ou ilegais que desvirtuem os princípios que norteiam o próprio ato e ofendem direitos dos administrados.

“Autoridade coatora é o agente administrativo que pratica ato passível de constrição.

‘Na verdade, é aquela que efetivamente pratica o ato, ou que tem poder legal de praticá-lo, nos casos de omissão. Portanto, autoridade coatora será aquela designada pelo ordenamento jurídico, aquela a quem a regra de competência obriga à pratica do ato’²³.

Tendo-se uma noção do que vem a ser ato coator e quem vem a ser o sujeito público que o pratica, chegamos então ao pólo passivo do mandado de segurança. Entretanto, neste, a divergência doutrinária é grande, alguns dizem que a própria autoridade coatora é a parte passiva, enquanto

ilegalidade, que o abuso de poder já estaria compreendido no vocábulo. Os atos administrativos são ilegais por vícios quanto ao sujeito, ao objeto, ao motivo, à finalidade e à forma, ...”. p. 508 e 510).

²³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. ‘Mandado de Segurança’. SP: Malheiros, 1996, p. 16/7.

que outros dizem que o pólo passivo é a pessoa jurídica de direito público responsável e que suportará o ônus advindo da concessão da ordem, uma terceira corrente apregoa que ambos são em litisconsórcio passivo necessário, sujeitos passivos para o mandado de segurança.

Penso que aqui, não é o momento adequado para enfrentar tal questão, porém, para não passar em branco, colacionaremos o entendimento de Sérgio Ferraz, de que a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa de Direito Público²⁴.

Conhecendo o conceito legal do mandado de segurança e tendo uma breve noção de alguns pontos importantes que se sobressaem no mesmo, passemos agora a definição de sua natureza jurídica.

²⁴ - FERRAZ, Sérgio. Ob. cit. p. 47/8: "... a) parte passiva é a pessoa de Direito Público (que, como tal, deve ser citada); b) o coator é mero informante; por não ser parte, e por ser agente administrativo, está jungido ao dever da veracidade; c) como informante, pode postular sua permanência no feito, eis que legítima, em tese, sua pretensão de sustentação do ato que cometeu ou omitiu; d) como não é parte, o coator não tem, diretamente (como tal se entendendo a legitimação recursal que decorre do fato de ser litigante sucumbente), legitimação recursal, a não ser que intervenha também como terceiro, numa das modalidades legalmente admissíveis; e) como parte é a pessoa jurídica, ela é a que diretamente se legitima para interpor ou impugnar recursos De toda sorte, a Constituição põe uma pá-de-cal na controvérsia, cuja sobrevivência, a rigor, somente se explica pelo mau hábito nacional de solver problemas jurídicos com uma consulta a todas as fontes normativas, exceto à Lei das Leis: efetivamente, quando se vê que a Advocacia-Geral da união, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e às Procuradorias dos Estados, Municípios e do Distrito Federal incumbe (arts. 131 e 132, da CF de 1988), com exclusividade, a representação judicial das pessoas jurídicas de capacidade política, perde sentido tentar responder ao problema com as possíveis especificidades da Lei 1.533, que contra a Lei Magna não prevalecerão. A solução constitucional é, pois, inequívoca: parte, também no mandado de segurança, é a pessoa jurídica de Direito Público a que vinculada a autoridade coatora. E essa pessoa jurídica só atua através dos representantes indicados nos arts. 131 e 132, da CF, o que torna obrigatória sua citação, independente da notificação do coator, para prestar informações."

4. Natureza jurídica da ação de Mandado de Segurança

Na grande maioria, quase esmagadora, de conceitos encontrados, nota-se o traço característico de que se trata de ação civil de rito especial.

Para Coqueijo Costa o mandado de segurança é ação civil com rito especial e sumário, e fundamenta seu entendimento nas razões levantadas por Kazuo Watanabe:

“É, no dizer do Prof. Alfredo Buzaid, uma ação judiciária, que se distingue das demais pela índole do direito que visa tutelar. Dentre os direitos subjetivos que podem ser ajuizados, o mestre paulista classifica os que devem ser afirmados e provados judicialmente, e que se perseguem por ação ordinária; os reconhecidos em documentos, que exprimem a sua certeza e liquidez e são cobrados por ação executiva; e os direitos líquidos e certos que não comportam discussão judicial a seu respeito, e que são vindicados pelo mandado de segurança. Tais direitos - sustenta Kazuo Watanabe - são providos através do writ, que possibilita a execução específica, a prestação in natura, de modo a ensejar a reposição das coisas no estado anterior. O amparo ao direito não é monetário, mas se dá pela remoção do obstáculo ‘para o perfeito restabelecimento do direito lesado ou ameaçado’, rompendo-se a tradição do nosso direito de que ‘o inadimplemento das obrigações de fazer ou de não fazer se resolve em reparação pecuniária, isto é, na condenação em perdas e danos’. E o mandado tanto ampara direitos constitucionais (fundamentais)

como direitos inferiores, desde que líquidos e certos (Kazuo Watanabe, 'Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais, págs. 101-103).'²⁵

Hely Lopes Meirelles entende que o mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial e

“distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, que é próprio e só subsidiariamente aceita as regras do Código de Processo Civil. Visa, precipuamente, à invalidação de atos de autoridade ou à supressão de efeitos de omissões administrativas capazes de lesar direito individual ou coletivo, líquido e certo”²⁶.

Por sua vez Sérgio Ferraz afirma que além de ser o mandado de segurança uma garantia fundamental do indivíduo, com previsão constitucional, é ao mesmo tempo instrumento processual.

Para o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira o mandado de segurança classifica-se como sendo *“ação de conhecimento, que se exerce através de um procedimento especial, de caráter documental, caracterizado ainda pela forma peculiar de execução”²⁷.*

A natureza jurídica do mandado de segurança é controvertida, o próprio direito visto através de sua dinâmica e como regulador das relações sociais, torna-se controvertido, não há uma verdade única e muito menos um

²⁵ - COSTA, Coqueijo. “Mandado de Segurança e Controle Constitucional”. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1982, p. 32/3.

²⁶ - MEIRELLES, Hely Lopes. “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, ‘Habeas Data’”. 16ª ed., SP: Malheiros, 1995, p. 23.

²⁷ - TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “Mandados de Segurança e de Injunção”, SP: Saraiva, 1990.

entendimento correto, entretanto se houver, parece ser aquele que diz que é uma ação civil de cunho especial.

Civil por causa dos interesses tutelados e especial porque possui previsão legislativa própria, com procedimento e princípios inerentes a sua função institucional.

CAPÍTULO II

No intuito da efetivação da justiça, ou seja, numa prestação jurisdicional que quando emanada possua eficácia junto à sociedade é que tem se pensado em tutelas jurisdicionais específicas para determinadas pretensões de direito material.

Neste norte, podemos citar a nova disciplina da antecipação da tutela bem como das providências liminares e as tutelas cautelares, como procedimentos urgentes e que visam uma real eficácia da atividade jurisdicional.

1. Considerações acerca de uma tutela jurisdicional específica

A sociedade pede por justiça e anseia por um Judiciário além de justo, eficiente, no sentido de rapidez. Aliar essas qualidades é um tanto

complicado, porque surge sempre a questão de que com procedimentos rápidos poderá haver injustiças enquanto que, por outro lado, com ritos mais longos buscando uma ampla dilação probatória, entre outros aspectos, poderá resultar em ineficácia da prestação jurisdicional pretendida.

Desta forma, há uma incessante busca por soluções, cuja perspectiva primeira é a de adequar a cada situação de direito material uma respectiva tutela jurisdicional, para buscar a efetividade do processo e corresponder aos anseios da sociedade; daí surge as tutelas de urgências, que inseridas no sistema processual civil e conhecidas desde os primórdios do Direito, são os meios apropriados para, dependendo do caso concreto, adiantar certos efeitos, acautelar, prevenir ou antecipar a pretensão levada ao órgão jurisdicional.

Ao seu lado, temos também providências liminares, que são instrumentos procedimentais capazes de antecipar a eficácia das decisões jurisdicionais finais, possibilitando uma execução antecipada, porém provisória.

A conseqüência advinda destas perspectivas levam os órgãos jurisdicionais a confrontarem-se com uma nova ótica do princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Necessário, então, a construção teórica acerca dos novos institutos processuais que com o tempo vão surgindo, à luz dos já existentes,

para que o juristas cumpram seu papel social, transmitindo o conhecimento adquirido e contribuindo com a sociedade.

“A expressão ‘tutela jurisdicional dos direitos’, como se sabe, foi afastada do cogito científico do direito processual quando se concluiu que ‘a tutela dos direitos’ não deveria ser vista como o escopo da jurisdição. A partir desse momento até bem pouco tempo, falar em tutela jurisdicional dos direitos poderia constituir um pecado quase que mortal para o processualista; tal fala poderia significar um compromisso com o imanentismo.

(...) O que a questão da tutela jurisdicional dos direitos quer evidenciar é a necessidade da prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais; ou seja, a reabilitação do tema da tutela jurisdicional dos direitos revela uma preocupação com o resultado jurídico-substancial do processo, conduzindo a uma relativização do fenômeno direito-processo”²⁸.

A adequação acima referida e dependendo da providência jurisdicional buscada, vislumbra-se através de diferentes níveis de cognição²⁹ que são o horizontal e o vertical. O primeiro insere-se no próprio conflito de interesses, sendo o nível de conhecimento utilizado de forma parcial ou plena, enquanto que o nível vertical de cognição é uma relação entre sujeito e objeto, podendo subdividir-se em superficial, sumária e exauriente.

²⁸ - MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do Processo e Tutela de Urgência”. RS: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 11.

²⁹ - A cognição trata-se de uma técnica que permite determinar o procedimento à tutela pretendida. “A cognição é antes de tudo, uma relação entre o sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível). Esta relação entre o sujeito e o objeto se dá através da função intermediária da cognição”. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória”. SP: RT, 1992, p. 21.

“A cognição exauriente é a cognição típica dos processos que visam à solução definitiva das lides trazidas ao conhecimento do magistrado.

(...)

‘A cognição sumária é uma cognição menos aprofundada em sentido vertical. É a cognição própria das situações de aparência, ou melhor, dos juízos de probabilidade.

‘Trata-se da cognição pertinente aos procedimentos que não permitem, em razão de uma determinada situação, a cognição aprofundada do objeto litigioso.³⁰

(...)

‘A cognição superficial, conforme já adiantamos no item que precedeu, é a vertente menos aprofundada da cognição no sentido vertical. É a cognição própria dos juízos de verossimilhança.

‘Trata-se da cognição típica das liminares proferidas em atenção à verossimilhança de que o fato afirmado existente possa vir a ser provado durante a instrução sumária³¹.

As pretensões urgentes que induzem o julgador a proferir uma decisão sobre afirmações de fato aliada a pouca prova, refletem em um juízo realizado com uma carga cognitiva superficial, uma vez que a atividade

³⁰ - Quando da prolatação da decisão final o juízo de valoração se dá sobre as provas colhidas na instrução, no entanto, não suficientes para exaurir o direito acautelado. “O juízo de probabilidade, próprio da cognição sumária surge após uma determinada atividade cognitiva. No processo de cognição sumária se chega ao juízo de probabilidade, após a instrução sumária, na sentença. No que concerne à medida de cognição sumária (cautelar ou antecipatória), o juízo de probabilidade é, em verdade, pressuposto para a própria solicitação da medida. MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória”, p. 86.

³¹ - MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória”, ps. 22, 23, 25 e 26.

realizada se dá ao nível de simples verossimilhança, ou seja, o grau de possibilidade de existência do direito é mínima.

De outro lado, vislumbra-se também as medidas de urgência em que haverá um juízo sobre provas carreadas durante uma breve instrução, que tentam demonstrar as afirmações que fundamentam a pretensão urgente, configurando num juízo de cognição sumária.

2. Tutela cautelar

Dentro da ótica das prestações urgentes podemos vislumbrar a própria tutela cautelar, que possui autonomia e princípios próprios e prevista no Código de Processo Civil Brasileiro, onde encontramos sua sistematização e disciplina ao lado das ações de conhecimento e de execução³².

³² - Pontes de Miranda quando classifica as ações inclui ao lado das enumeradas no Código de Processo Civil, as ações mandamentais lecionando o seguinte: "O conteúdo da ação de mandamento é obter mandado do juiz, que se não confunde com o efeito executivo da sentença de condenação (sem razão, James Goldschmidt). A sentença de condenação pode conter, também, mandamento ao que executar a sentença, mas isso é outra questão. No despacho ou mandamento administrativo, o Estado tem interesse quanto ao próprio conteúdo, o que não se passa quanto à decisão judicial. Nessa, o interesse do Estado é apenas o de que se realize o direito objetivo e, hoje secundariamente, se pacifique. Mas isso não tira à administração certas incursões excepcionais, porém não anormais, na realização do direito objetivo *in abstracto*. A ação de mandamento fica a meio do caminho entre o ato judicial (declarativo a forte dose) e o ato de administração. (in "Comentários ao Código de Processo Civil". Tomo I - arts. 1º a 45 - 2ª ed., RJ: Forense, 1979, p. 156).

Caracteriza-se por ser um meio acessório àquelas duas ações, tidas como principais, tendo como fim último eliminar perigos que possam comprometer a eficácia da prestação jurisdicional, ou até mesmo, em certos casos, possibilitar uma igualdade entre as partes.

Desta forma,

“consiste, em suma, a ação cautelar no direito de provocar o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem ou assegurem os elementos do processo (pessoas, provas, bens), eliminando a ameaça de perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de ‘assegurar que o processo - no dizer de Liebman - possa conseguir um resultado útil’³³.

Acerca das características da tutela cautelar, podemos enumerar as seguintes: a instrumentalidade, a provisoriedade, a revogabilidade, a autonomia, a urgência, a sumariedade formal, material e a referibilidade.

Quanto a instrumentalidade, esta caracteriza-se pela correspondência à uma providência buscada necessariamente em uma ação principal, assim, a providência principal serve de instrumento para neutralizar o “*periculum in mora*” e garantir a pretensão contida no processo principal.

³³ - THEODORO JR., Humberto. “Pressupostos Processuais e Condições da Ação no Processo Cautelar”. Revista de Processo - 50/08.

Já a provisoriedade da tutela cautelar consubstancia-se no fato da medida deferida de início ou em decisão final não possuir caráter definitivo, ou seja, possuem duração previsível, enquanto durar o perigo haverá a necessidade de sua existência.

A providência cautelar caso deferida poderá ser revogada a qualquer momento uma vez que inexistente para ela aptidão para produzir coisa julgada material. Ocorre que se o fato que motivou a concessão da medida desaparecer, a mesma não terá mais razão para existir, assim, o interesse também desaparece, isto decorre da probabilidade e plausibilidade do direito acautelado.

É autônomo o processo cautelar, porque

“o poder instrumental manipulado pela parte na ação cautelar não assenta na pretensão material, que é objeto do processo chamado principal, mas na necessidade de garantir a estabilidade ou preservação de uma situação de fato e de direito sobre a qual vai incidir a prestação jurisdicional.

‘A autonomia do processo mais se destaca quando se verifica que o resultado de um não reflete sobre a substância do outro, podendo, muito bem, a parte que logrou êxito na ação cautelar sair vencida na ação principal, ou vice-versa.’³⁴

³⁴ - THEODORO JR. Humberto. “Curso de Direito Processual Civil”, 2v., 14ª ed., RJ: Forense, 1992, p. 362.

Outra característica a ser colocada é sobre a urgência da tutela, uma vez que serve para excluir ou suspender uma situação de perigo e que poderá comprometer uma pretensão a ser ajuizada posteriormente.

Além destas, características observadas por Luiz Guilherme Marinoni são a sumariedade e a referibilidade. A sumariedade tanto em sentido formal como material, caracteriza a tutela cautelar no sentido de que esta possui um procedimento sumário, rápido (sentido formal) e, também, em razão do seu fim, não há um grande aprofundamento entre sujeito e objeto; magistrado e a questão posta à sua apreciação, bastando uma probabilidade para sua concessão.

Em relação a referibilidade o professor paranaense escreve o seguinte:

“Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso, insatisfação; nunca cautelaridade.

‘(...) Segundo Ovídio a idéia de referibilidade advém da ligação, da transitividade, entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, na medida em que a tutela cautelar destina-se apenas a assegurar uma pretensão, pretensão esta que jamais poderá ser satisfeita através da tutela de simples segurança.’³⁵

³⁵ - MARINONI, Luiz Guilherme. “Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória”, ps. 79 e 81.

São estas, basicamente as características da ação cautelar, porém para sua concessão existem dois importantes requisitos quais sejam, o “*periculum in mora*” e o “*fumus boni iuris*”.

Este último, ou aparência do bom direito, é uma previsão hipotética do conteúdo da tutela jurisdicional a ser garantida ou, em outras palavras, a probabilidade (plausividade, verossimilhança) da existência do direito a ser reclamado.

“Sem dúvida, em todas essas supostas definições há uma verdade (extremamente óbvia, observe-se), consistente em que o “fumus boni iuris” tem que ser ‘algo menos’ do que a existência do próprio direito objeto do processo principal, cuja eficácia prática se quer garantir através do cautelar. Daí o emprego de expressões tais como ‘probabilidade’, ‘verossimilhança’, ‘possibilidade’, ‘aparência’, etc. O uso de tais expressões, no entanto, impede que se consiga perceber um sentido objetivo para aquele requisito”³⁶.

Em outras palavras poderia ser, então, o simples direito ao processo em que se vai discutir o conflito de interesses.

Com relação ao “*periculum in mora*”, ou perigo da demora, que se consubstancia na própria urgência do procedimento, é quando ocorre a demonstração de que o bem jurídico a ser discutido em uma ação de conhecimento ou, a ser garantido na execução, poderá sofrer algum dano e, conseqüentemente, a prestação jurisdicional será ineficaz.

³⁶ - GUERRA, Marcelo Lima. “Estudos sobre o processo cautelar”. SP: Malheiros editores, p. 24.

“Para a obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto pode ocorrer quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal”³⁷.

Tão somente para deixar registrado, em virtude de que será objeto de apreciação logo adiante, em uma ação cautelar, ante a demonstração por parte do acionante de ambos requisitos ensejará ao juiz, após um conhecimento superficial da questão e reconhecendo sem dúvidas a presença do *“fumus boni iuris”* e o *“periculum in mora”* poderá, excepcionalmente, conceder medida liminar acautelando o bem jurídico que será objeto de outra ação dita principal. Sendo que, após os demais trâmites, proferirá decisão final no processo cautelar, através de uma cognição sumária acerca do *‘fumus boni iuris’* e do *‘periculum in mora’* em virtude ser uma proteção judicial provisória, instrumental, urgente e que faz referência a um direito específico.

³⁷ - THEODORO JR. Humberto. “Curso de Direito Processual Civil”, 2v., 14ª ed., RJ: Forense, 1992, p. 368.

3. Tutela Antecipada

Em busca de novas formas de prestação jurisdicional e que fossem mecanismos ágeis, implantou-se em 1994, com a reforma no processo civil o instituto da antecipação da tutela, tutela antecipatória ou tutela antecipada³⁸, através da Lei 8.952.

A justificativa político-jurídica para a instituição do novo instrumento jurisdicional, na opinião de Reis Friede é que,

“se, por um lado, a própria segurança ampla ao atendimento pleno ao princípio do devido processo legal (incluindo princípios do contraditório, da ampla defesa, etc.) determina - associada à busca permanente da verdade real e do valor axiológico da justiça (como versão contemporânea da máxima e solene expressão da tradição presente na antigüidade clássica de ‘dar a cada um o que é seu’) - a necessidade de um considerável lapso temporal - e um conjunto complexo e intrigante de atos processuais, associado à delonga de um rito próprio - para a sua completa efetivação, por outro, resta em oposição, a imperiosa expectativa social de uma solução verdadeiramente célere para o conflito de interesses que atinge as partes em litígio e que, sob certa ótica, ousa desafiar a perene paz social almejada por toda a coletividade”³⁹.

³⁸ - “Art. 273 (CPC) - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação, e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou; II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

³⁹ - FRIEDE, Reis. “Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar; à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil”. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 2ª ed., p. 27/8.

Assim, temos que o instituto da antecipação, a princípio, no direito processual brasileiro era vislumbrado através do julgamento antecipado da lide, eliminando parte da fase de instrução, quando nítido o caráter procrastinatório, passando, então, agora, a antecipação dos efeitos da tutela que somente surtiriam eficácia quando da decisão final, possibilitando com isso, uma execução antecipada.

Porém, não se caracteriza esta decisão "*initio litis*" em definitiva uma vez que a cognição sobre a mesma é sumária, trata-se apenas de adequação a reivindicação de novas perspectivas procedimentais no âmbito da ação de conhecimento, conforme vimos anteriormente.

"Interessa à tutela antecipada a verificação da cognição no plano vertical, no que diz respeito à outorga do direito depois de apresentada a petição inicial ou no decorrer da relação processual, e aí está a cognição sumária. Do contrário, deixa-se que haja ampla discussão da matéria posta em julgamento, com a reunião de toda a prova que as partes produzem, para advir a sentença; estar-se-á, nesta última hipótese, diante da cognição exauriente (ou absolutamente exauriente).

'Não é tutela cautelar uma vez prevista no processo de conhecimento e que visa adiantar a prestação jurisdicional deste. "Não há dúvida de que a antecipação da tutela guarda semelhanças formais com a proteção de natureza cautelar. Dela, entretanto, se dissocia e se distancia porque a providência cautelar é necessariamente efêmera, já que é eficaz apenas enquanto durar o processo principal (art. 807), ao passo que o instituto agora examinado consubstancia a prestação da jurisdição reclamada com a possibilidade de eficácia permanente. A

*diferença é perceptível. A medida cautelar é concedida para assegurar o efeito prático de outra, enquanto a tutela antecipada constitui a própria providência que se demandou, limitada embora na sua eficácia*⁴⁰.

Pode-se dizer que a tutela antecipatória caracteriza-se por ter natureza cognitiva no sentido de que está no âmbito do processo de conhecimento cujo conteúdo da antecipação refere-se à própria pretensão deduzida. É, ainda, de sua natureza, a satisfatividade porque incide sobre o objeto da pretensão, bem como a sumariedade.

São requisitos para a sua concessão a prova inequívoca e verossimilhança das alegações, fundado receio de dano ou caracterização de abuso do direito de defesa/manifesto propósito protelatório e, por último, a reversibilidade da medida.

A prova no processo serve para auxiliar o magistrado no seu convencimento acerca da questão trazida, assim, a prova inequívoca será aquela que irá possibilitar ao juiz uma motivação convincente acerca de sua decisão, no caso, na concessão da antecipação dos efeitos da tutela. *“A lei é clara: não basta que a prova seja inequívoca, ela precisa ser prova inequívoca que alicerce o convencimento do magistrado quanto a procedência da pretensão do autor. Não se exige certeza, nem é suficiente a dúvida nos termos antes já esclarecidos*⁴¹.

⁴⁰ - SANTANA, Alcioli Serafim de. “Poder Geral de Cautela e Medidas Legislativas impeditivas à sua consecução”. Campinas, SP: Copola Livros, 1996. p. 53.

⁴¹ - FRIEDE, Reis. Ob. cit. p. 76.

Já, verossimilhança, é a aparência de verdadeiro, sendo que o juízo feito pelo julgador é de plausibilidade de existência do direito. É o balanço entre afirmativas e negativas, assim, sobressaindo os motivos que afirmam determinada alegação, haverá uma efetiva possibilidade de existir o fato.

Quanto ao fundado receio de dano ou, "*periculum in mora*", é a demonstração objetiva através de fatos e circunstâncias de que o pedido é urgente, no sentido de que a ausência da prestação jurisdicional acarretará em dano.

O requisito do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório é substitutivo do fundado receio de dano. A celeridade foi o motivo determinante para a inclusão deste instrumento no meio jurídico processual, assim, quando nítido atos protelatórios praticados pelo réu, passível a antecipação da tutela, além do que, também possibilita a condenação em litigância de má-fé⁴².

Acerca da reversibilidade do efeito do ato concessivo da tutela antecipada, o legislador refere-se à possibilidade de reverter-se os efeitos produzidos entre as partes e, para tanto, contra a irreversibilidade, prescreveu no §3º, do art. 273, que quando da concessão da medida, deverão ser observados os preceitos relativos à execução provisória da sentença (art. 588, do Código de Processo Civil), para não surgir eventuais danos à parte

⁴² - "Art. 17 (CPC) - Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (...) IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo".

adversária, no caso da concessão da execução antecipada para o autor e, a final, haver improcedência da pretensão ajuizada.

O entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, tendo-se por base a decisão no Agravo de Instrumento n. 96.002773-4, da capital, cujo relator foi o eminente Desembargador Eder Graf é no mesmo sentido anteriormente delineado, senão vejamos:

“ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - ART. 273, DO CPC - REQUISITOS PRESENTES - MANUTENÇÃO DA MEDIDA.

‘A alta plausibilidade jurídica do pleito formulado na inicial, aliada à prova inequívoca dos fatos alegados e à inexistência de perigo de irreversibilidade da medida, emprestam à decisão antecipatória da tutela a legalidade necessária à sua manutenção, se do contrário possa resultar dano irreparável ou de difícil reparação àqueles que a postulam.

‘...

‘É o relatório.

‘Ao negar efeito suspensivo ao presente recurso, deixou-se explicitado:

‘Contrariando a lei, a jurisprudência, os embargos administrativos, a convenção do condomínio e a deliberação da assembléia geral extraordinária a agravante, que fechou e cobriu o poço de luz e aeração dos apartamentos 101 e 102 do Edifício Presidente, postula efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento, a fim de evitar a imediata remoção, deferida em cautela antecipada nos autos da ação ordinária promovida pelo Condomínio.

'É evidente que o despacho hostilizado lastreou-se na plausibilidade do direito e na ocorrência do periculum in mora, este consistente nos danos aos demais condôminos com a manutenção do status quo.

'O pretendido efeito suspensivo, a contrario sensu, não se mostra amparado nem pela aparência do bom direito, nem tampouco pela irreversibilidade dos danos decorrentes da retirada da edificação clandestina' (fls. 80).

'A prova documental destes fatos, acrescida da dificuldade de limpeza do poço de luz e ar em face da fragilidade da cobertura de alumínio e do barulho perturbador do sossego quando ocorrem chuvas, não poderiam conduzir a outra alternativa que não o deferimento da tutela antecipada.

'Pontes de Miranda comenta:

'Os requisitos enumerados no caput, nos dois incisos e no §2º, do art. 273, são condições de procedência do pedido de tutela antecipada, que só no processo de conhecimento pode ser concedida. Configuradas essas condições, impõe-se ao juiz a tutela, sendo interlocutória a decisão que a indefere, por isso impugnável mediante agravo de instrumento' (in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, 3ª ed., Forense, 1996, pág. 536).

'E continua:

'Deve haver prova inequívoca das alegações do autor, isto é, insuscetível de gerar perplexidade quanto ao fato constitutivo do direito alegado. Se a prova é dúbia, se não esclarece a justeza da pretensão diante da regra jurídica que o juiz deve aplicar (art. 126), o caso é de indeferimento. Por certo, dispensa-se a prova se os fatos forem daqueles que não dependem dela, incidindo, então o art. 334.

'Conjugam-se os elementos prova inequívoca e verossimilhança: aquela haverá de ser suficiente para emprestar verossimilhança à alegação contida na inicial, que constitui causa de pedir (op. cit., pág. 536).

'Aditando:

'Verossimilhança, também registrada pelos léxicos nas formas variantes de verossimilhança, como variação de verossimilhança ou verissimilhança (de verus, verdadeiro e similis, semelhante), é o que se apresenta como verdadeiro, o que tem aparência de verdade. Torna-se, então, indispensável que as alegações da inicial, nas quais se funda o pedido cuja antecipação se busca, tenham a aparência de verdadeiras, não só pela coerência da exposição como por sua conformidade com a prova, dispensada, porém, nos casos do art. 334. No tocante à apuração da verossimilhança, a lei limita o arbítrio do juiz, que deverá decidir, diante da realidade objetivamente demonstrada no processo. Também por isso, a exigência do §1º de que, na decisão, o juiz indique, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento, posto que concisamente (art. 165, 2ª parte).

'A verossimilhança, ditada pela prova inequívoca, suscetível de produzir aparência de verdade, é indispensável à antecipação da tutela, em absolutamente todos os casos, como indispensável é, igualmente, a inexistência de perigo de irreversibilidade da medida (§1º). Concomitantemente com esses requisitos inafastáveis, é preciso (a) haver fundado receio de danos irreparável, ou (b) de difícil reparação (inciso I), ou, então, que (c) ocorra abuso do direito de defesa, ou (d) o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II). Concede-se, pois, a tutela sempre diante da verossimilhança da alegação e da possibilidade de reversão, juntamente com qualquer um dos requisitos apontados em (a), (b), (c) ou (d), bastando que se verifique um deles' (op. cit. pág. 537).

‘Conseqüentemente, o despacho hostilizado não se mostra afrontório ao direito ou abusivo’,

Por último, devemos salientar que a antecipação da tutela não se confunde com a tutela cautelar, como podemos observar através de outra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, mais precisamente o Agravo de Instrumento n. 96.005456-1, que teve como relator o Desembargador Nelson Schaefer Martins:

“Agravo de instrumento. Tutela antecipatória e tutela cautelar: institutos de natureza diversas. Decisão não fundamentada. Ação de revisão de contrato de arrendamento mercantil. Recurso provido.

‘Não há que confundir-se a tutela antecipatória com a tutela cautelar. O processo cautelar revela-se como atividade auxiliar e subsidiária que visa assegurar as duas outras funções principais da jurisdição - conhecimento e execução. A característica mais marcante da garantia cautelar é a de dar instrumentalidade ao processo principal, cujo êxito procura garantir e tutelar.

‘A tutela antecipatória do art. 273, do CPC, deferida em ação de conhecimento, tem como característica, a antecipação do resultado que somente seria alcançado com a decisão de mérito transitada em julgado.

‘Se a liminar contiver decisão que apenas garanta o resultado final da lide, de tutela antecipada não se trata, mas sim, de tutela cautelar.

‘A decisão concessiva de antecipação de tutela deve ser fundamentada, a teor do disposto nos arts. 273, §1º do estatuto processual e 93, IX, da Constituição

Federal, referindo inclusive os pressupostos relacionados à prova inequívoca e à verossimilhança e apontando os elementos de prova suficientes”.

CAPÍTULO III

1. Aspectos teóricos da medida liminar

Medida liminar é um providência jurisdicional que podemos encontrar em diversos procedimentos (Conhecimento, Cautelar, Execução, Especial) ao longo do Código de Processo Civil, sendo irrelevante a natureza da tutela buscada (condenação, declaração, constituição, cautelar, execução) uma vez que a relação entre ambas (providência liminar e tutela) se dá ao nível da antecipação dos efeitos. *“A liminar corresponde a um momento procedimental do próprio processo em que é concedida, em razão do que a medida liminar é sempre concedida no próprio processo de cuja providência final ela é uma antecipação”*⁴³.

⁴³ - GUERRA, Marcelo Lima, Ob. cit., p. 83 (Cf. Betina Rizzato Lara). “Foi Mandrioli quem, pela primeira vez, obviamente à luz do sistema processual italiano, advertiu para a necessidade de se reconhecer a existência de uma categoria jurídica diferenciada de providências jurisdicionais, correspondente à classe das providências ‘meramente antecipatórias’.”

Assim, podemos dizer que a liminar é a antecipação dos efeitos externos ou secundários da providência final⁴⁴, sem contudo, ser um prejudgamento.

Encontramos nas medidas liminares as seguintes características: urgência, cognição superficial, provisoriedade e revogabilidade. Características estas que muito se assemelham àquelas anteriormente analisadas quando do estudo da tutela cautelar e da antecipação da tutela.

A revogabilidade e a provisoriedade nas medidas liminares decorrem do juízo de verossimilhança não vinculando o juiz na sua manutenção durante o decorrer do processo e muito menos quando da sentença final, motivo para afirmar que não ocorre prejudgamento quando da concessão destas providências liminares.

E, em relação à sumariedade, devemos dizer que é de acordo com o expendido anteriormente, uma sumariedade no sentido material, ou seja, a cognição realizada pelo juiz é superficial no sentido de realizar um

⁴⁴ - Cf. Betina Rizzato Lara, citada por Alcioni Serafim de Santana, ob. cit. ps. 37 e 38: "Os tratadistas, a despeito de pequenas diferenças conceituais, são acordes em afirmar que a liminar configura uma antecipação daquilo que se obteria somente ao final da ação ajuizada, com a prolação da sentença de mérito, vez '... que pode-se considerar a medida liminar uma autêntica antecipação da eficácia favorável da sentença da perspectiva do impetrante, *sub conditione*'. Acerca do tema, Betina Rizzato Lara ensina que: 'Quanto ao que efetivamente pode ser objeto desta antecipação, algumas observações devem ser feitas. Primeiramente, a liminar não caracteriza jamais uma antecipação da própria decisão de mérito contida na sentença. Ela antecipa somente os efeitos que decorrem desta decisão. Em segundo lugar, nem todos os efeitos são antecipados pela liminar. Os efeitos que integram o conteúdo da sentença, ou seja, os de natureza declaratória ou constitutiva, não são passíveis de antecipação. A liminar só antecipa os efeitos externos ou secundários da sentença que, por esta condição, refletem-se no mundo dos fatos. Os principais, ao contrário, atuam sempre no plano jurídico".

juízo de verossimilhança em relação aos fatos alegados e a prova carreada com a inicial.

Quanto à urgência, entendemos ser a principal característica das medidas liminares. O sistema jurídico fundou-se no entendimento de que somente poderá ser concedida a providência liminar quando o interessado demonstrar tal requisito sem a qual estará desnaturada a providência e não haverá a possibilidade de antecipação de efeitos.

Uma possível classificação das medidas liminares pode ser feita de acordo com a disciplina jurídica de cada uma, ou seja, de acordo com sua natureza. Classificam-se em medidas liminares que são concedidas em processos cautelares; providências liminares que possuem satisfatividade quando da antecipação e, medidas preventivas.

Vislumbramos as liminares preventivas como sendo aquelas que ao mesmo tempo que acautelam, satisfazem, no sentido de que ao mesmo tempo que antecipam a pretensão final⁴⁵, também visam a assegurar-lhe o resultado útil. E, em virtude de serem concedidas no mesmo processo que se busca a pretensão de direito material, podemos também conceituá-la

⁴⁵ - LARA, Betina Rizzato Lara. 'Liminares no processo civil'. SP: RT, 1993, p. 66/7: "Antes de mais nada, precisamos ter em mente um aspecto que se revela fundamental para o prosseguimento do nosso estudo. Quando se fala em liminar satisfativa, se está referindo sempre à satisfatividade no plano fático e não no plano jurídico. A tutela jurisdicional é satisfativa no plano jurídico quando, segundo ensina Barbosa Moreira, for capaz de preservar ou reintegrar em termos definitivos a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado. Este tipo de satisfação, portanto, só pode ser obtido com a sentença definitiva, que decide sobre o mérito e, em consequência, produz a coisa julgada material. A liminar, conforme diversas vezes repetido, é sempre provisória e jamais antecipa os efeitos que integram o conteúdo da decisão final. Não existe na liminar aquela carga de declaratividade que caracteriza a prestação jurisdicional definitiva e satisfativa. (...). A satisfatividade, portanto, no caso das liminares, será sempre fática e, em consequência, provisória".

como uma medida liminar cautelar satisfativa, por causa destas especificidades.

Acerca da possibilidade de existirem liminares com função cautelar e ao mesmo tempo de satisfatividade, Betina Rizzato Lara diz o seguinte:

"No nosso entender, uma liminar pode ser ao mesmo tempo cautelar e satisfativa. Se a liminar for concedida com o fim de evitar a ocorrência de um dano que possa impedir a efetividade do processo, ela será cautelar. Se para alcançar este objetivo, ela ao mesmo tempo satisfazer a pretensão do requerente, esta satisfação não irá lhe retirar o caráter cautelar.

'Se, ao contrário, a liminar visar somente conceder de imediato a pretensão que se obteria ao final da ação e for deferida somente com base na probabilidade do autor vencer a demanda e nas provas apresentadas acerca da existência de elementos objetivos, ela será satisfativa. Se ao mesmo tempo tiver um aspecto de cautelaridade, no sentido de evitar prejuízos ou mesmo o agravamento destes, a liminar não deixará de ser satisfativa"⁴⁶.

Acerca das medidas liminares meramente antecipatórias (ou satisfativas por antecipação), pode-se assim dizer de uma providência liminar quando "os pressupostos de sua concessão são taxativamente previstos em lei; e, presentes esses pressupostos a liminar deve ser concedida, independentemente de a

⁴⁶ - Ob. cit. p. 70.

*providência final estar ou não sujeita a um 'periculum in mora', à neutralização do qual a liminar esteja voltada"*⁴⁷

Inserese aqui o entendimento do instituto previsto no art. 273, do Código de Processo Civil uma vez que evidente a semelhança entre a tutela pretendida com a providência liminar.

Quanto à terceira categoria, ou seja, as liminares concedidas no processo cautelar, trata-se de provimento urgente onde a prevenção está baseada nos dois requisitos da tutela cautelar, ou seja, na situação de perigo e na verossimilhança do direito alegado ("*fumus boni iuris*"), onde a concessão se dá logo no início do procedimento e tendo a decisão final função de tão somente confirmar a presença do "*fumus boni iuris*" e do "*periculum in mora*" ou determinar a ausência.

Ademais, tais providências são de caráter excepcional, somente podendo ser deferidas quando realmente necessário, os pressupostos que as ensejam devem estar presentes e, principalmente, haver possibilidade de reversão dos efeitos produzidos pela liminar.

2. Medida de urgência no rito do Mandado de Segurança

⁴⁷ - GUERRA, Marcelo Lima. Ob. cit. p. 85.

O legislador ordinário ao editar a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 1.533, de 31.12.51), possibilitou a concessão de medida liminar contra o ato coator.

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

‘I - (...);

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

Desta forma ao impetrar um mandado de segurança o coagido poderá pleitear logo de início, a concessão de uma medida liminar, cujo objetivo será suspender o ato (ou melhor, suspender a eficácia do ato - decorre do princípio da continuidade do serviço público) da autoridade administrativa, ou em caso de omissão, compeli-lo a fazer, desde que demonstrado o relevante fundamento e a possibilidade de ineficácia da ordem de segurança, caso tenha que se esperar todo o trâmite processual.

Ou seja, a ação especial de mandado de segurança prevê uma providência liminar, condicionada ao “relevante fundamento” das alegações e a possibilidade de “ineficácia da medida, caso seja deferida”, por óbvio, somente a final.

O “relevante fundamento” no âmbito do mandado de segurança e como pressuposto para a concessão da providência liminar, no

entendimento de alguns juristas, por tratar-se de um conceito indeterminado e também vago possibilita ao juiz utilizar-se de sua discricionariedade, ensejando-o a desenvolver um juízo valorativo para vislumbrar a presença do requisito em comento, porém, de outra banda, entendem tratar-se de uma atividade vinculada e interpretativa do juiz, pois, como agente público deve balizar-se no princípio da legalidade e, assim, realizar a subsunção do fato à norma.

Adotando-se o segundo entendimento, em que pese os seguidores do primeiro, teríamos que o fundamento relevante não é nada mais que uma provável procedência da pretensão, ou, sua plausividade, possibilidade jurídica.

Ocorre que, na prática quando da *“verificação dos pressupostos da liminar, a atenção do julgador dirigir-se-á muito mais à alegação de ‘periculum’ (...) que à de relevância do fundamento, eis que essa já estará implicada na própria admissão da ação”*⁴⁸.

Ademais, a relevância do fundamento não pode ser confundida com o *“fumus boni iuris”* das cautelares porque quanto a estas, para serem deferidas, prescindem tão somente de uma aparência de direito isto é, basta uma análise superficial dos fatos e das provas carreadas, enquanto, no caso do mandado de segurança devemos, a princípio, até mesmo para veiculá-lo, demonstrar de plano o direito líquido e certo através de prova documental.

⁴⁸ - FERRAZ, Sérgio. Ob. cit., p. 110.

Assim, o nível de conhecimento realizado pelo juiz quando da apreciação da liminar se realiza de forma sumária, em função de que estará apreciando uma questão sobre o aspecto da probabilidade e não meramente de verossimilhança ou mesmo certeza, em virtude do juízo recair sobre as provas que instruem o pedido de segurança feito na inicial e que necessariamente demonstram o direito líquido e certo.

Entretanto, por mais que na apreciação da medida liminar bem como quando da decisão final do mandado de segurança a cognição do julgador seja feita sobre as mesmas provas e alegações, tratam-se de momentos procedimentais distintos, tendo em vista que no primeiro o juízo é sumário enquanto que no segundo é exauriente, assim, devem ser vistos sob a ótica do princípio da inafastabilidade.

Ademais, por serem providências jurisdicionais distintas, conforme acima referido e por mais que possuam finalidades idênticas não constitui a liminar num prejulgamento. Ou seja, são momentos processuais distintos, os requisitos da pretensão liminar são diferentes dos pressupostos para a concessão da segurança, a relevância do fundamento não se confunde com o direito líquido e certo, a ausência daquele, simplesmente impossibilita a concessão da segurança, porém, não impedindo que a final, seja concedida a segurança.

Quanto ao segundo requisito, ou seja, a possibilidade de haver ineficácia da medida caso seja concedida a final, aqui sim existe a analogia ao “*periculum in mora*” das medidas cautelares.

Caso haja concessão da segurança a final e a ordem no mandado expedido pela autoridade judicial não tenha mais utilidade, estaremos diante da ineficácia de uma medida judicial.

Demonstrado que há o “*periculum in mora*”, cabível a concessão da liminar, em outras palavras, deve ser provado que caso não concedida a liminar no intuito de preservar o estado de fato ou de direito, haverá, mesmo com a procedência da pretensão, um dano ao impetrante.

Sobre tais requisitos, Barbosa Moreira, analisando pedido de concessão de segurança, impetrado contra ato judicial que indeferiu liminar em mandado de segurança, onde os pressupostos acima descritos eram visíveis, assim se pronunciou:

“Segundo o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 1533/51, dois requisitos deveriam ser preenchidos para que o Juízo Impetrado concedesse a liminar, por ele denegada:

‘1. a relevância do fundamento da impetração;

‘2. do ato impugnado pudesse resultar a ineficácia da medida, caso viesse ela a ser deferida.

‘O fundamento relevante é o da própria segurança, não o da liminar isoladamente (cf. Hamilton de Moraes Barros, As liminares do Mandado de

Segurança, p. 44). Esse fundamento consistiria, na hipótese, na irregularidade do procedimento de destituição, culminando, segundo o pronunciamento do Doutor Procurador de Justiça, com a realização de sessão secreta, o que contrariaria, a seu ver, o disposto na Lei Maior, art. 5º, LX, ante o qual não poderia subsistir o art. 35 do Regimento Interno da Câmara Municipal.

'O fundamento da impetração era, pois, relevante e, portanto, satisfeito estava o primeiro requisito necessário à concessão da medida liminar.

'Tem-se, também, como atendido o segundo requisito: do ato impugnado poderia resultar a ineficácia da medida, se deferida ela viesse a ser concedida.

'(...) prejuízo já está havendo por força do afastamento da Impetrante da Presidência do Legislativo. Esse período de afastamento jamais lhe será restituído, e aí se vê que a irreparabilidade do dano veio a ocorrer, ainda que parcialmente, mesmo que a segurança venha a prosperar.

'(...) Deixa-se expresso o óbvio: essa decisão nada tem que ver com o mérito da Impetração referida, quando o eminente Juiz sentenciará como entender de direito'⁴⁹

Será obrigatório ao juiz conceder a liminar caso estejam comprovadamente evidentes os requisitos da liminar em função de tratar-se de uma atividade estatal vinculada e, por outro lado, conforme já mencionado, é um instituto processual idealizado da mesma forma que outros instrumentos jurídicos na intenção de salvaguardar direitos violados cujos titulares vêm a

⁴⁹ - JB 163/224

Juízo buscar proteção, sendo defeso ao juiz deixar de apreciar o pedido bem como, negar a concedê-la quando presentes os requisitos⁵⁰.

3. Natureza jurídica da medida liminar no Mandado de Segurança

As conceituações existentes na doutrina acerca da natureza jurídica da medida liminar no mandado de segurança são várias, podemos citar alguns entendimentos para chegarmos a uma noção que parece ser a mais viável e, que por certo, haverá opinião em desacordo, o que é louvável, uma vez que este é o objetivo.

A liminar no mandado de segurança é aspecto necessário para a defesa do direito violado em virtude de ser medida urgente tendente a possibilitar de imediato a satisfação do direito pleiteado, que no caso desta ação especial é uma prestação "*in natura*".

Para Sérgio Ferraz a liminar no mandado de segurança possui natureza satisfativa e, em razão do esgotamento do objeto da ação deverá o

⁵⁰ - "Art. 5º, XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". MEDAUAR, Odete. "Controle da Administração Pública". São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. p.166: "O dispositivo, assim, assegura a proteção judiciária como garantia dos direitos reconhecidos pelo ordenamento e como garantia contra a ameaça de lesão de direitos. A proteção judiciária representa um dos pilares do Estado de Direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos."

juiz, por prudência, ordenar a prestação de caução, para garantir a reversibilidade dos efeitos da concessão⁵¹.

Já, no entendimento de R. Reis Friede,

“a medida liminar; em mandado de segurança, como a exemplo de outras ações, é, pois, uma providência cautelar emergencial; verdadeira solução acauteladora, como já exaustivamente defendemos, de um possível direito agravado no instante da impetração, ou ameaçado com esse agravo, e que, em ambos os casos, poderá sofrer prejuízo irrecuperável se não for assegurado de imediato”⁵².

Carmem Lúcia Antunes Rocha, afirma ser a liminar providência acautelatória do objeto pretendido com o mandado de segurança, ou em suas palavras,

“o que se garante com a concessão da medida liminar de mandado de segurança é, pois, a prestação jurisdicional plena e eficaz, e não a satisfação inicial do pedido formulado na ação e que somente será objeto de decisão após a fase cognitiva. A liminar não é mais que instrumento judicial posto à disposição do indivíduo para que o seu direito líquido e certo, ameaçado ou lesado e cuja proteção se persegue através da ação constitucional, não se frustrate quando da obtenção do decisum, pelo comprometimento ou extinção do direito, o que converteria a prestação jurisdicional materialmente válida em decisão formalmente insubsistente pela ineficácia do mandado determinado na decisão”⁵³.

⁵¹ - Ob. cit. p. 111.

⁵² - FRIEDE, Rey Reis. “Aspectos fundamentais das medidas liminares: em mandado de segurança, ação cautelar, ação civil pública, ação popular”. RJ: Forense Universitária. 1993, p.218.

⁵³ - ‘Mandado de Segurança e Injunção - coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira’. p. 202.

Já para Arruda Alvim, citado por Bettina Rizzato Lara, a liminar em mandado de segurança “se constitui numa espécie de medida cautelar, embora satisfaça o impetrante (*si et in quantum*), da mesma maneira que poderá vir a ocorrer com a possível sentença concessiva da segurança”⁵⁴.

Hely Lopes Meirelles diz que

“a medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito - ‘*fumus boni iuris*’ e ‘*periculum in mora*’. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejudgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, suspendendo provisoriamente os efeitos do ato impugnado”⁵⁵.

Para Lúcia Valle Figueiredo a liminar é a garantia do direito ‘*in natura*’ uma vez que não se busca através do mandado de segurança um ressarcimento pelo direito líquido e certo violado⁵⁶.

⁵⁴ - *Apud* Ob. cit. p. 70.

⁵⁵ - Ob. cit. p. 58.

⁵⁶ - *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello *et alli*. “Curso de Mandado de Segurança”. SP: RT. 1986.

No entender de Cretella Júnior, a liminar é um ato administrativo discricionário do magistrado *“porque pode deferi-la ou não, consultando para tanto a oportunidade ou a conveniência, não cabendo nenhum recurso judicial contra o indeferimento, a não ser que a concessão da liminar, motivada, lese direito líquido e certo do administrado”*⁵⁷

Porém, dentre todas opiniões colhidas aquela que mais parece acertada verifica-se na corrente seguida por Betina Rizzato Lara, cujo entendimento resume-se em que a liminar no mandado de segurança caracteriza-se por ser ao mesmo tempo acautelatória e antecipatória-satisfativa.

Então, a seguir tentaremos demonstrar aos leitores da presente monografia porque também entendemos assim.

Para caracterizarmos a natureza jurídica da medida liminar desta ação especial e que é o núcleo e preocupação do presente trabalho, voltaremos de forma breve aos requisitos que ensejam a concessão da liminar.

Vislumbramos naquele momento que o relevante fundamento caracteriza-se por ser algo mais que uma fumaça do bom direito das providências jurisdicionais que possuem caráter cautelar (tutela e providência liminar), em virtude de que no mandado de segurança a apreciação da liminar

⁵⁷ - Ob. cit. p. 74.

é resultante do juízo realizado sobre as provas que demonstram um direito líquido e certo, que deve estar comprovado de plano.

Ou seja, o juízo sumário de probabilidade é sobre a prova pré-constituída do direito líquido e certo, enquanto que no "*fumus boni iuris*" o que se demonstra junto com a peça inicial é uma aparência de direito.

Assim, em regra, no mandado de segurança os fatos são certos e comprovados de plano, o direito que é a relação fato/norma é incontestável, e diga-se, questão a ser analisada pelo juiz.

Podemos concluir então que haverá relevante fundamento pelo simples fato do julgador receber a petição inicial do mandado de segurança, uma vez que entenderá estar presente a prova pré-constituída e sendo assim, haverá um elevado grau de probabilidade da concessão da ordem em virtude das provas carreadas.

Por conseguinte, as provas que instruem o pedido de segurança já demonstram o relevante fundamento para a concessão da liminar e caso deferida vislumbra-se uma antecipação daquela, sendo nítido o caráter satisfativo.

Já em relação ao outro requisito previsto para a concessão da liminar no mandado de segurança, ou seja, a ineficácia da medida, existe nítida correspondência com o "*periculum in mora*" das cautelares (tutela e medida liminar).

Ou seja, o retardamento na concessão poderá resultar em dano para o interesse que se visa tutelar, assim, ineficaz será a decisão final caso concedida se o bem jurídico não for acautelado desde o início da ação.

A intenção é afastar a situação de perigo que irá comprometer a eficácia do provimento jurisdicional final.

*“O art. 7º, inc. II, da Lei 1.533/51, apresenta como uma das condições para a concessão da liminar que do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida. Deve demonstrar o impetrante haver um risco de dano que poderá tornar a medida ineficaz quando da sua concessão, isto é, que o tempo despendido entre a propositura da ação e a prolação da sentença retirará toda a eficácia da prestação jurisdicional. Vislumbra-se, aí, o *periculum in mora*, caracterizador da liminar com natureza cautelar”⁵⁸.*

Nota-se, então, que a característica da liminar do mandado de segurança, é ao mesmo tempo satisfativa e acautelatória.

Por fim, analisando-se o exemplo clássico levantado pela doutrina, o de impetração de mandado de segurança contra o indeferimento de um pedido de certidão, temos que o “*periculum in mora*” servirá para basear a pretensão fundamentando-se nos prejuízos que o impetrante conhecerá caso não obtenha a certidão, caracterizando nítida função preventiva de dano eminente, enquanto que o relevante fundamento, por sua vez, demonstrará a natureza satisfativa da mesma liminar, quando através da

⁵⁸ - LARA, Betina Rizzato Lara. Ob. cit. p. 133.

correlação dos fatos com as provas documentais ressaltarem a provável existência do direito líquido e certo do impetrante⁵⁹.

⁵⁹ - MS n. 242.143, TJSP, Rel. Des. Penido Burnier. "Mandado de Segurança. Liminar. Denegação da ordem. Manutenção da liminar. Voto vencido. Concede-se a liminar no mandado de segurança quando seus fundamentos são razoáveis, isto é, quando o pedido é viável, à primeira vista e se o direito do impetrante, em razão de sua transitoriedade corre o risco de perecer caso não seja acautelado. (...). Ora, são requisitos para a concessão da medida liminar em mandado de segurança não só a relevância dos fundamentos, mas também evitar a ineficácia da ordem que for concedida, em razão da irreparabilidade da lesão. No art. 7º, II, da lei 1.533/51 uso u o legislador da conjunção adjuntiva "e" e não de qualquer disjuntiva, de maneira que os dois requisitos devem estar presentes para a concessão da medida liminar. Ora, se a relevância dos fundamentos é requisito mais de fundo e que, em princípio, antes da sentença final, fica confiado ao arbítrio do juiz, já a indispensabilidade da medida não, porque resulta de critérios objetivos ligados à transitoriedade do direito. Realmente, concede-se a liminar e os fundamentos forem razoáveis, isto é, o pedido for viável à primeira vista e se o direito do impetrante, em razão de sua transitoriedade, correr o risco de perecer, caso não seja acautelado. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de indeferimento de inscrição para concurso público, cujas provas estão prestes a realizar-se. Ocorrendo relevância dos fundamentos, a liminar deve ser concedida para que o candidato faça a prova condicionalmente, pena de perecimento de seu direito, antes do reconhecimento. O mesmo se diga de preterição a promoção, em que se susta a efetivação do ato de promoção." (JB 09/332).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por certo que a ação de mandado de segurança é um instrumento processual previsto na Constituição da República tendente a tutelar os direitos individuais e coletivos violados por atos abusivos e ilegais dos agentes da Administração Pública.

As divergências encontradas em outras questões foram inevitáveis, como por exemplo a legitimação passiva, e sabemos que desta decorrem outras, no caso, a própria sucumbência, a necessidade de citação. Por outro lado, questão também discutível e que diz respeito diretamente a liminar, porém, aqui, não foi objeto de estudo, é acerca da possibilidade do juiz determinar o caucionamento como pressuposto para a concessão da liminar.

Também, questões mais teóricas ligadas diretamente ao acesso a justiça através da adequação dos conflitos de direito material a novas formas de tutelas jurisdicionais chegando à efetividade da justiça.

Porém, acerca do objeto estudado, natureza jurídica da liminar no mandado de segurança, são as seguintes considerações que passamos a fazer:

1. A cognição realizada pelo julgador quando da apreciação da pretensão liminar postulada é feita ao nível vertical, através da cognição sumária, em razão de que o juízo se dá sobre as provas que instruem a petição de ingresso pois é o único momento para o impetrante instruir o feito.
2. As liminares são providências jurisdicionais que antecipam tão somente os efeitos fáticos da tutela final não ensejando prejulgamento, cujas características são a revogabilidade, a provisoriedade, a urgência e a sumariedade.
3. Em razão de que a prova do direito alegado no mandado de segurança ser pré-constituída, sempre que o julgador recebê-lo, haverá o relevante fundamento, uma vez que tais provas demonstram o direito líquido certo.
4. O juízo feito acerca do relevante fundamento em função de ser através de uma cognição sumária, onde o grau de probabilidade do direito é maior, não pode ser confundido com o "*fumus boni iuris*", onde a cognição é superficial, ou seja, o grau de probabilidade do direito alegado é inferior.
5. Existe satisfatividade na providência liminar do mandado de segurança quando houver análise do relevante fundamento porque estará sendo analisado e possivelmente antecipado o próprio direito que se visa tutelar.

6. A cautelaridade está prevista no “*periculum in mora*” ou, nas palavras do legislador, “quando do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”, estará implícita a instrumentalidade da medida. Através deste pressuposto o que se pretende é prevenir, acautelar, garantir o bem jurídico tutelado.
7. Tanto em atos comissivos, como também, em ato omissivos haverá esta dupla natureza, da liminar.
8. O julgador está vinculado aos pressupostos, uma vez presentes será obrigado a deferir o mandado liminar.

BIBLIOGRAFIA

1. COSTA, Coqueijo. "Mandado de Segurança e Controle Constitucional". 2ª ed., SP: LTR, 1982.
2. CRETELLA JÚNIOR, José. "Os 'Writs' na Constituição de 1988". RJ: Forense. 1989.
3. CRETELLA JÚNIOR, José. "Do Mandado de Segurança". 2ª edição. RJ: Forense. 1980.
4. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Direito Administrativo". 5ª ed., SP: Atlas, 1995.
5. FERRAZ, Sérgio. "Mandado de Segurança (Individual e Coletivo) Aspectos Polêmicos". SP: Malheiros, 1992.
6. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Mandado de Segurança". SP: Malheiros, 1996.
7. FRIEDE, R. Reis. "Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar". 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
8. FRIEDE, R. Reis. "Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública, Ação Popular". RJ: Forense Universitária. 1993.
9. GUERRA, Marcelo Lima. "Estudos sobre o Processo Cautelar". SP: Malheiros editores, 1995.
10. LARA, Betina Rizzato. "Liminares no Processo Civil". SP: RT. 1993.
11. MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória". SP: RT, 1992.
12. MARINONI, Luiz Guilherme. "Efetividade do Processo e Tutela de Urgência". RS: Sérgio Antônio Fabris editor, 1994.
13. MEDAUAR, Odete. "Controle da Administração Pública". SP: RT, 1993.
14. MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello, et alli. "Curso de Mandado de Segurança". RT: SP. 1986.
15. MEIRELLES, Hely Lopes. "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, 'Habeas Data'". 16ª ed., SP: Malheiros, 1995.

16. MIRANDA, Pontes de. "Comentários ao Código de Processo Civil". Tomo I (arts. 1º ao 45). 2ª edição. RJ: Forense. 1979.
17. "Mandado de Segurança e de Injunção". Coordenação de Sálvio Figueiredo Teixeira. SP: Saraiva, 1990.
18. NUNES, José de Castro. "Do Mandado de Segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público". 9ª ed., RJ: Forense, 1987.
19. THEODORO JR., Humberto. "Curso de Direito Processual Civil", 2v., 14ª ed., RJ: Forense, 1992.
20. THEODORO JR., Humberto. "Pressupostos Processuais e Condições da Ação no Processo Cautelar". Revista de Processo n. 50.