



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DANIEL MACEDO TAVARES CRUZ**

**DA EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PARA A CONCESSÃO DE  
LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA**

FORTALEZA

2011

DANIEL MACEDO TAVARES CRUZ

DA EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PARA A CONCESSÃO DE  
LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA

Monografia submetida à Coordenação do Curso  
de Direito da Universidade Federal do Ceará,  
como requisito parcial para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Germana de Oliveira  
Moraes

FORTALEZA

2011

DANIEL MACEDO TAVARES CRUZ

DA EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PARA A CONCESSÃO DE  
LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Prof. Dr. Germana de Oliveira Moraes (Orientadora)**  
**Universidade Federal do Ceará-UFC**

---

**Mestranda Késia Corrêa Oliveira**  
**Universidade Federal do Ceará-UFC**

---

**Mestrando Tibério Carlos Soares Roberto Pinto**  
**Universidade Federal do Ceará-UFC**

À minha família.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por ter me concedido o dom da vida e por ter me permitido crescer ao redor das pessoas que tenho como exemplo hoje.

Aos meus pais, Helder e Liduína, pela dedicação e carinho, por todo esforço e renúncia que fizeram em prol da educação dos filhos.

Aos meus irmãos, David, Lucas e Bruno, pela paciência e incentivo.

À Professora Doutora Germana de Oliveira Moraes por gentilmente ter aceitado orientar este trabalho.

Aos Mestrandos em Direito Tibério Carlos Soares Roberto Pinto e Késia Corrêa de Oliveira, que tão prontamente aceitaram o convite para participar da banca examinadora desta monografia.

Ao Professor de Metodologia, Doutor Hugo de Brito Machado Segundo, por ter me ajudado a delimitar o tema deste trabalho.

Aos amigos da Faculdade de Direito: Marcela Fernandes, Daniel Maximiano, Geórgia Costa, Carla Tatiana e Carolina Sucupira, pelo companheirismo e descontrações durante essa jornada, além dos sábios conselhos.

A todas as outras pessoas que contribuíram, ainda que indiretamente, para a conclusão deste trabalho.

*"A justiça tem numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito."*

*(Rudolf Von Ihering)*

## RESUMO

O presente trabalho trata do instituto do mandado de segurança, precisamente sobre uma disposição trazida pela Lei 12.016/09, que facultou ao magistrado exigir caução para a concessão de liminares em mandado de segurança. Será criticamente analisado a constitucionalidade desta previsão, apresentando os argumentos favoráveis e contrários a esta limitação, além de demonstrar como a questão tem sido suscitada nos tribunais. Para se chegar a solução a esta celeuma, vamos ressaltar as origens do institutos do mandado de segurança e da liminar, explicitando suas finalidades e características dentro do nosso ordenamento jurídico, bem como de que modo essas matérias estão dispostas na Nova Lei do Mandado de Segurança. Os argumentos defendidos buscam trazer um equilíbrio entre os interesses do particular e os da Administração Pública, de forma que seja resguardada a efetividade do processo, possibilitando que a exigência da caução não seja um entrave para que o impetrante conseqa a tutela do seu direito *in limine*, nem um meio para que o ente público continue realizando atos abusivos contra a parte adversa.

Palavras-chave: Mandado de Segurança. Liminar. Exigência de Caução.

## ABSTRACT

The present work deals with the institute of the mandamus, necessarily on a disposal brought for Law 12,016/09, that it authorized to the magistrate to demand pledge for the concession of thresholds in mandamus. Critically the constitutionality of this forecast will be analyzed, presenting the arguments favorable and contrary to this limitation, beyond demonstrating as the question has been raised in the courts. To get the solution to this uproar, we emphasize the origins of the Institutes of mandamus and injunction, explaining its aims and characteristics within our legal system and how those materials are arranged in the New Law of Mandamus. The arguments put forward seek to bring a balance between the interests of private and public administration in order to be protected on the effectiveness of judicial proceedings, providing that the requirement of collateral is not an obstacle for the plaintiff to obtain custody of his right *in limine*, nor a means for the public entity to continue committing acts of abuse against the other party.

Keywords: Writ of Mandamus, Preliminary Injunction, Guarantee Requirement.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1. NOÇÕES GERAIS SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA.....</b>	<b>14</b>
1.1 Conceito e características.....	14
1.1.1 Direitos individuais e coletivos.....	17
1.1.2 Direito líquido e certo.....	18
1.1.3 Não amparado por <i>habeas corpus</i> ou <i>habeas data</i> .....	21
1.1.4 Contra ato de autoridade do poder público.....	22
1.2 Evolução histórica.....	25
1.2.1 O mandado de segurança no direito brasileiro.....	27
1.3 Do novo regime do mandado de segurança.....	32
<b>2. DAS LIMINARES NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO.....</b>	<b>34</b>
2.1 Conceitos e características.....	36
2.2 Liminares em mandado de segurança.....	42
2.2.1 Concessão de ofício.....	46
2.2.2 Prioridade no julgamento.....	47
2.2.3 Necessidade de comunicação da liminar concedida à pessoa jurídica da autoridade coatora.....	48
2.2.4 Recurso contra a decisão que concede ou nega o pedido de liminar.....	49

2.2.5	Revogação, perempção e caducidade da liminar.....	51
2.2.6	Da responsabilidade decorrente da efetivação da liminar.....	53
2.2.7	Pedido de suspensão da liminar.....	54
2.2.8	Restrições à concessão da liminar.....	56
<b>3.</b>	<b>DA EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO EM LIMINARES DE MANDADO DE SEGURANÇA.....</b>	<b>59</b>
3.1	Teses contrárias à exigência de caução em liminar de mandado de segurança.....	61
3.2	Teses favoráveis à exigência de caução em liminar de mandado de segurança.....	64
3.3	Posicionamento jurisprudencial acerca do tema.....	68
3.4	Análise crítica.....	71
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>76</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>78</b>

## INTRODUÇÃO

A Nova Lei do Mandado de Segurança, de 7 de agosto de 2009, gerou diversas discussões acerca das mudanças que imprimiu a este instituto. A proposta era atualizar o conteúdo sobre o tema, positivando entendimentos consolidados pela doutrina e pela jurisprudência, além de adequá-lo à Constituição Federal de 1988.

A ação mandamental constitui um direito fundamental insculpido na Constituição, cuja finalidade é garantir a qualquer pessoa a proteção contra ato ilegal ou abusivo cometido por agente público, exigindo, para tanto, um procedimento regular e eficaz para sua realização. Assim, torna-se fundamental analisar os aspectos deste novo diploma processual, especialmente nos pontos que há uma aparente limitação a garantia prevista na Carta Magna.

Em exame à nova lei, na realidade, observa-se que são tímidos os avanços em relação ao regime anterior, ainda mais considerando as imprecisões que poderiam ser corrigidas. Como inovação positiva, cabe citar a regulamentação para o processamento do mandado de segurança coletivo, que, embora previsto constitucionalmente, não era disciplinado por legislação ordinária.

Apesar disto, a Lei do Mandado de Segurança manteve um caráter conservador, o que provocou muitas críticas aos seus dispositivos, levando inclusive a Ordem dos Advogados do Brasil a ajuizar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra alguns dos artigos da nova lei.

Ainda sobre essas inovações, cumpre destacar a parte final do artigo 7º, III, Lei nº 12.016/09, que estabelece a faculdade do magistrado exigir caução para a concessão de liminar em mandado de segurança, providência esta já amplamente debatida na doutrina e na jurisprudência antes da promulgação do novo diploma, que deu nova força a essas discussões, focada agora na questão da constitucionalidade desta restrição.

No presente trabalho, pretendemos nos dedicar aprofundadamente acerca deste tema, buscando levantar as principais argumentações em relação a constitucionalidade desta exigência, enfocando o debate travado pelos juristas, além de explicitar o conflito principiológico decorrente desta celeuma.

Para situar o contexto desta problemática, fundamental revisitar as origens do mandado de segurança e das liminares no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, discorreremos sobre a natureza jurídica, as características e as finalidades desses institutos, além de analisar como se configura a medida liminar nas ações de mandado de segurança.

Ao final, serão apresentados os nossos comentários sobre essa divergência, desenvolvendo uma análise crítica sobre o que foi exposto no decorrer deste trabalho, e explicando as razões do posicionamento pelo qual nos filiamos.

## 1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é uma ação civil de rito sumário especial, que pode ser de natureza individual ou coletiva, cujo objetivo principal é resguardar interesses individuais, relativos às liberdades públicas, ou seja, relacionados as prerrogativas que são garantidas ao indivíduo na Constituição e nas leis ordinárias em face do Estado, que eventualmente estejam sendo suprimidos por ato de autoridade pública. Uma ação que objetiva, portanto, a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito líquido e certo.

Ressaltamos que o mandado de segurança não protege todo o universo de liberdades individuais ou coletivas, posto que o próprio legislador constitucional limitou sua impetração para as situações em que não são cabíveis *habeas data* e *habeas corpus*. Assim dispõe o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXIX - 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;

### 1.1 Conceito e características

Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup> define mandado de segurança do seguinte modo:

[...] o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Essa conceituação, bastante difundida na jurisprudência, se caracteriza por trazer todos os elementos necessários para a compreensão do tema, tanto que foi projetada na Lei nº

---

<sup>1</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 2007. pág. 25-26.

12.016, de 7 de agosto de 2009, que trouxe uma definição muito semelhante em seu art. 1º, *verbis*:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica 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.

Dos conceitos acima, tanto o doutrinário, quanto o legal, extrai-se que o mandado de segurança constitui um instrumento processual peculiar, que visa tutelar direitos fundamentais albergados pelo artigo 5º da Constituição.

Os direitos fundamentais são aqueles que buscam assegurar a existência digna e livre do ser humano, garantindo condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana<sup>2</sup>. Adota-se no presente trabalho a teoria de Paulo Bonavides<sup>3</sup>, na qual esses direitos fundamentais podem ser sistematizados em dimensões. Na primeira dimensão estão compreendidos os direitos civis e políticos, como o direito à vida, segurança, propriedade privada, justiça, liberdade de expressão, de crença, de locomoção, entre outros. Esses direitos de primeira dimensão, pelo que se observa, são os principais objetos das ações de mandado de segurança, pois se referem às garantias individuais do cidadão frente ao Estado opressor. Isso não exclui, contudo, que o *mandamus* sirva como instrumento para viabilizar a garantia dos direitos de segunda dimensão, que se referem aos direitos sociais (saúde, educação, trabalho, educação, habitação, lazer, saneamento, associação sindical), tanto que o constituinte de 1988 possibilitou o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, um exemplo plausível desta hipótese haveria quando uma entidade sindical impetrasse mandado de segurança contra ato de Agência Reguladora que restringe o exercício do trabalho de uma classe obreira. Também não encontramos óbice do indivíduo se servir da ação mandamental para tutelar os direitos de terceira dimensão, que se referem à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, desde que, evidentemente, o impetrante consiga adequar o cabimento desta ação para tutelar esses direitos, lembrando que existem instrumentos possivelmente mais adequados para viabilizar a consecução desses direitos, como a Ação Popular e a Ação Civil Pública. Nesse sentido também seria para os direitos da quarta dimensão, que se

---

<sup>2</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 2007. pág. 26.

<sup>3</sup>BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 2009.

destinam a proteger os direitos de cunho mais universal, como o da democracia, pluralismo, informação, entre outros.

Pode-se observar ainda que o mandado de segurança é um meio processual célere e eficaz, de natureza civil, que protege, seja de forma preventiva ou repressiva, o direito individual ou coletivo, desde que líquido e certo, perante ato da autoridade estatal.

Desse modo, percebe-se que se trata de um instituto de feição dúplice quanto à sua natureza. Isso porque, apresenta um viés de garantia constitucional fundamental, posto que é um mecanismo de proteção e defesa de outros direitos, estando, inclusive, inserido no rol de direitos e garantias individuais (incisos LXIX e LXX do art. 5º da CF/88), não podendo este conceito de garantia ser confundido com o seu objeto de proteção, os direitos, que podem sem compreendidos como disposições de cunho declaratório acerca de um interesse ou vantagem para uma ou mais pessoas.

Nesse aspecto, relevante conhecer da natureza constitucional da ação mandamental, uma vez que isso provoca importantes desdobramentos na prática judiciária. Como bem assevera Eduardo Sodré<sup>4</sup>, as hipóteses de cabimento do mandado de segurança devem, em regra, interpretadas de forma ampliativa, sendo certo que possíveis restrições à sua utilização devem ser vistas com reservas, pois não é dado ao legislador infraconstitucional limitar direitos assegurados constitucionalmente.

Além disso, o *mandamus* possui natureza de ação civil, posto que também se revela como um procedimento especial, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo do indivíduo ou da coletividade lesada ou ameaçada de lesão por ato de autoridade. Distingue-se das demais ações por essa especificidade de objeto, além da sumariedade de seu procedimento, que é próprio e está regulamentado na Lei nº 12.016/2009, que só aceita de forma subsidiária as regras do Código de Processo Civil.

No entanto, o conceito não se revela tão simples, uma vez que elenca alguns condições para sua utilização, pressupondo que o impetrante almeja a proteção do direito líquido e certo, desde que não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra ato de autoridade do poder público. Para a compreensão do tema, se faz necessário explicitar o conteúdo desses termos.

---

<sup>4</sup> DIDIER, Fredie (Org.); SODRÉ, Eduardo. **Ações Constitucionais**. 2009. pág.112.

### 1.1.1 Direitos individuais e coletivos

Direito individual pode ser compreendido como aquele pertencente a quem o invoca em seu favor. O direito que está sendo discutido na ação é o do próprio impetrante. Assim, o titular de direito violado ou em vias de violação exerce pessoalmente o direito de ação. Se o direito pertencer a outrem, não é autorizado a impetração do mandado de segurança, podendo ensejar, se preenchido outros requisitos, a uma ação popular ou ação civil pública.

Ao passo que os direitos coletivos se referem a interesses transindividuais, propriamente coletivos, que possuem natureza indivisível, cujo titular seja um grupo de pessoas ligadas por uma mesma relação jurídica básica ou então se refere aos interesses individuais homogêneos, originados de fatos comuns ou da situação específica daquele grupo. A própria Constituição Federal de 1988, estipulou no artigo 5º, LXX<sup>5</sup>, a possibilidade de impetração desse tipo de *mandamus*, restringindo-o para os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, e as organizações sindicais, entidades de classe, além das associações constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. A Lei nº 12.016/2009 não ampliou esse rol de legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo, no entanto, delimitou, com justeza, os casos em que são possíveis o seu ajuizamento, restringindo para as funções institucionais de cada ente. Assim, o partidos políticos só podem ajuizar essa ação para proteger seus integrantes ou para assegurar o desempenho de suas finalidades partidárias. Por sua vez, as outras entidades, somente devem se utilizar do mandado de segurança na defesa de seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos, sendo necessário que esse direito seja pertinente à finalidade do órgão.

---

<sup>5</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;  
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Para Michel Temer<sup>6</sup>, o objetivo da criação do mandado de segurança coletivo foi fortalecer as organizações classistas e pacificar as relações sociais pela soluções que o Judiciário dará a situações controvertidas que poderiam gerar milhares de litígios com a consequente desestabilização da ordem social.

### 1.1.2 Direito Líquido e Certo

A propositura do mandado de segurança depende da existência de um direito líquido e certo. Essa expressão se refere àquele direito que pode ser demonstrado de plano, meramente através de prova documental. Exige-se, portanto, que já se apresente com todos os requisitos necessários para o seu conhecimento e exercício no momento da impetração.

Como bem conceitua Eduardo Sodré<sup>7</sup>, direito líquido e certo “*é aquele direito titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída*”.

Neste sentido, também Hely Lopes Meirelles<sup>8</sup>: “*Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.*”

Se necessário for dilação probatória para a averiguação da ilegalidade ou abusividade da medida, a situação não poderá ser resolvida através deste remédio constitucional.

Importante ressaltar, no entanto, que se a matéria for apenas de direito, isso não impedirá a impetração da ação. Neste sentido, a súmula nº 625 do Superior Tribunal Federal: “*Controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão do mandado de segurança*”.

---

<sup>6</sup>TEMER, Michel apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 2010, pág. 816.

<sup>7</sup> DIDIER, Fredie (Org.); SODRÉ, Eduardo. **Ações Constitucionais**. 2009. pág.124.

<sup>8</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 2008, pág. 25-26.

O que não se admite é a controvérsia sobre os fatos, ou seja, o direito líquido e certo restará demonstrado se a regra jurídica se fundamentar sobre fatos incontestáveis, evidentes, comprovados de logo, de maneira documental.

Como bem ressalta Hely Lopes Meirelles<sup>9</sup>, acerca da terminologia empregada pela Constituição, todo o direito, se existente, já é líquido e certo. Isso decorre do princípio da constitucionalidade das leis do nosso ordenamento jurídico, bem como da presunção de legitimidade dos atos administrativos. Os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo-se, para tanto, a comprovação e esclarecimento para propiciar o cabimento do *writ*.

A jurisprudência do Superior Tribunal Federal esclarece o tema, ao decidir que:

[...] A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico-processual, ao conceito de situação decorrente de fato incontestável e inequívoco, suscetível de imediata demonstração mediante prova literal pré-constituída. (...).  
(STF, MS 26552 AgR-AgR / DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento 22.11.2007, Dje 15.10.2009).

Por outro lado, a pré-constituição da prova não é exigência absoluta para o conhecimento da ação constitucional. Documentos que se encontram em repartição pública ou em poder da autoridade coatora podem ser requisitados pelo magistrado sem prejuízo para liquidez e certeza do direito perseguido e, conseqüentemente para o processamento do *writ*. Dessa forma, prescreve o art. 6º, §1º, da Lei nº 12.016/2009:

§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

Em suma, os requisitos de liquidez e certeza são uma imposição ao impetrante. Trata-se de um ônus processual, devendo ser demonstrado no momento da propositura do *mandamus*, no qual os fatos narrados devem ser notórios e incontroversos, passíveis de demonstração através de prova pré-constituída essencialmente documental, ressalvado os casos em que a prova se encontra em repartição pública ou em poder da autoridade coatora.

---

<sup>9</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 2008. pág. 34

Deve-se entendê-los, portanto, como um pressuposto de admissibilidade para o julgamento do mandado de segurança. Nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno<sup>10</sup>:

Por isso mesmo é que direito líquido e certo não deve ser entendido como mérito do mandado de segurança, isto é, como sinônimo de conflito de interesses retratado pelo impetrante em sua petição inicial e levado para solução definitiva ao Estado-juiz. Direito líquido e certo é apenas uma condição da ação no mandado de segurança assimilável ao interesse de agir e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo, desconhecido demais ações processuais civis.

Celso Barbi afirma<sup>11</sup>:

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 dar a característica de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuível se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, *no processo*. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos.

Em razão disso, revela-se má precisão jurídica qualquer decisão judicial que julgue improcedente mandado de segurança fundado em ausência de liquidez e certeza. Uma vez que, conforme visto, se inexistente esses requisitos no direito material alegado, a sentença deveria ser terminativa, posto que restou demonstrado a falta de interesse processual, não se examinando o mérito da demanda. Somente se verificado pelo magistrado a presença desses pressupostos, é que deve-se passar ao exame da prova pré-constituída, se ela é elucidativa dos fatos em que fundamenta o pedido, considerando, no mérito, se o ato atacado é ilegal ou abusivo.

Desse modo, não se confunde o direito subjetivo invocado pelo impetrante com o qualificativo de liquidez e certeza que fundamenta o seu pedido.

Isso significa que só com a conjunção desses fatores que poderá surgir para o peticionante, o direito à concessão da segurança.

Isto posto, ainda que haja uma análise perfunctória da questão de mérito, ausente algumas dessas condições, prejudica-se o exame das pretensões deduzidas em juízo e, por consequência, deverá o magistrado considerar o autor carecedor da ação.

---

<sup>10</sup>BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2009, pág. 17.

<sup>11</sup>BARBI, Celso Agrícola apud REDONDO, Bruno Garcia; DE OLIVEIRA, Guilherme Peres, CRAMER, Ronaldo. **Mandado de Segurança, Comentários à Lei 12016, de 7 de Agosto de 2009**. 2009, pág. 44.

### 1.1.3 Não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*

O caráter residual ou subsidiário do *writ* constitucional se evidencia diante da expressão prevista no inciso LXIX do artigo 5º da Carta Magna: *conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas corpus” ou “habeas data”* [...].

Por essa assertiva, depreende-se que a segurança não cuida de atos que ameacem ou efetivamente violem a liberdade de locomoção do indivíduo, o que envolve o direito de ir e vir ou permanecer.

Também será incabível o *mandamus* se ajuizado para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante.

Observe, portanto, que a Constituição somente apresentou duas exceções quando do cabimento do mandado de segurança para a correção de ato comissivo ou omissivo, marcado pela ilegalidade ou abuso de poder, quando o responsável for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Importante essa conclusão, por que as normas constitucionais ou de natureza constitucional que excepcionam a utilização do *mandamus* deverão ser interpretadas de maneira restritiva, não sendo dado ao legislador infraconstitucional ampliar ou estender exceções não previstas constitucionalmente, sob pena da norma ser considerada inconstitucional. Como será visto adiante alguma das inovações da nova Lei 12.016/2009 trouxeram outras limitações à utilização do mandado de segurança, restrições essas que já foram alvo de Ações Diretas de Inconstitucionalidades, em razão da ofensa ao princípio da supremacia da Constituição.

Essa ressalva constitucional se fundamenta, em razão do mandado de segurança ser uma ação cuja finalidade é tutelar genericamente os direitos líquidos e certos. Existindo instrumentos específicos para a proteção dos direitos à locomoção e informação, não pode o primeiro, que é genérico, ser utilizado para a proteção desses bens jurídicos específicos, sob pena de extinção do processo em razão da inidoneidade da via eleita ( artigo 295, V<sup>12</sup>).

---

<sup>12</sup>Art. 295. A petição inicial será indeferida :

A inclusão dessas ressalvas se tornou necessária, pois durante muito tempo o *habeas corpus* teve seu objeto impropriamente estendido, sendo utilizado como meio para atacar as ilegalidades e os abusos praticados por autoridades, além das violações do direito de ir e vir.

Com a reforma constitucional de 1926, foi delimitado o objeto do *habeas corpus*, tornando-se imprescindível o surgimento de um novo instituto que protegesse os cidadãos dos abusos praticados pelas autoridades.

A partir disso, foi criado e positivado na Constituição de 1934, o mandado de segurança para tutelar outros direitos que não os de livre locomoção.

Com o advento da Constituição de 1988, foi estipulado também à exceção relativa ao *habeas data*, assegurando a garantia ao direito à informação pessoal, que foi implantado em nosso ordenamento como medida para evitar as restrições impostas no regime ditatorial.

Dessa forma, devem se excluir da proteção prevista no mandado de segurança apenas aqueles direitos inerentes à liberdade de locomoção e o acesso ou retificação de informações relativas à pessoa do impetrante.

#### 1.1.4 Contra Ato de Autoridade do Poder Público

O mandado de segurança deve ser impetrado contra ato de autoridade do poder pública perpetrada por ilegalidade ou abuso de poder.

Hely Lopes Meirelles<sup>13</sup> conceitua ato de autoridade como *toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las*.

Pelo conceito doutrinário se conclui que o ato da autoridade pode ser comissivo ou omissivo, ou seja, pode configurar uma ação ou uma abstenção, desde que caracterize em uma ilegalidade ou abuso indevido.

---

[...]

Quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal;

<sup>13</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 2007, pág. 35.

Entretanto, não é necessário a configuração da lesão ao patrimônio do jurisdicionado para se poder ajuizar o mandado de segurança. Permite-se a impetração do *writ*, tanto na sua forma repressiva como na preventiva.

Por sua vez, será considerado autoridade, para essa finalidade, todo agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. Portanto, incluem-se os agentes da administração pública direta (União, Estados, Distrito Federal, Municípios), quanto da administração indireta (Autarquia e Fundações), alcançando ainda os agentes que desempenham atividade em nome de pessoas jurídicas de direito privado cujo capital seja, pelo menos na maioria, de titularidade do Poder Público. Desse modo, os agentes de sociedade de economia mista e de empresa pública, desde que pratiquem atos regidos pelo direito público, posto que, nas atividades de direito privado, é inadmissível a utilização do mandado de segurança, podem ser objeto da ação mandamental. Corroborando com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça sumulou a matéria, prevendo:

Súmula 333: Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública.

Além disso, inclusive as atividades praticadas por pessoas jurídicas de direito privado, mesmo que não tenham participação do poder público, podem ser sujeitos da ação constitucional. O próprio dispositivo constitucional que estabelece a garantia do *mandamus* (artigo 5º, LXIX), prevê que o ato a ser impugnado pode ter sido praticado por aquela entidade no exercício de atribuições do poder público. Dessa forma, no momento em que o particular atuar sob a delegação do Estado, revela-se admissível a utilização do mandado de segurança. Assim dispõe a súmula 510 do Supremo Tribunal Federal: *Praticado o ato por autoridade, no exercício de função delegada, contra ela cabe mandado de segurança ou medida judicial.*

Ante todas essas possibilidades permitidas pela legislação brasileira, conclui Eduardo Sodré<sup>14</sup> acerca da delimitação do agente coator:

Pode-se estabelecer, então, como premissa abstrata, que, para fins de manejo de mandado de segurança, pode-se enquadrar no conceito de autoridade pública os agentes de pessoas jurídicas da administração direta e indireta, os sujeitos que atuam em nome de empresas públicas e de sociedades de economia mista quando se encontram seus atos regidos pelo direito público e, finalmente, os particulares que exercem atividade pública delegada.

---

<sup>14</sup> DIDIER, Fredie (Org.); SODRÉ, Eduardo. **Ações Constitucionais**. 2009. pág.116.

Convém ressaltar que o novo diploma impede a interposição do *writ* contra atos de mera gestão da instituição delegatária da função pública, nos termos do artigo 1º, §2º<sup>15</sup> da Lei 12.016/09. Então, os atos dessas autoridades se sujeitarão ao regime do mandado de segurança, quando forem de natureza pública, enquanto outros atos não poderão ser questionados por essa via heroica, quando estritamente privados. Insta salientar que esse artigo está com sua constitucionalidade em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>16</sup> promovida pela OAB, sob a alegação de que não pode lei ordinária prever limitação não prevista no texto constitucional.

Outro ponto relevante é que o exercício de atribuições do Poder Público por ente de natureza privada não converte os seus agentes em autoridades públicas, apenas submete os seus atos ao controle do mandado de segurança, assegurando as garantias individuais ou coletivas dos administrados. Assim, o elemento mais significativo para configurar o ato de autoridade, para fins de configuração do polo passivo da demanda, será a natureza da função que o agente exerce e não apenas a qualidade estritamente pública que ele reveste.

Atos judiciais, como sentenças, acórdãos ou despachos, também podem ser objeto da ação mandamental, desde que resulte em lesão a direito subjetivo da parte, servindo, inclusive, para compelir a autoridade judiciária a pronunciar-se sobre o direito requerido do impetrante, uma vez que a inércia judicial é ato que pode causar graves danos ao particular, dependendo da matéria posta em juízo.

Apesar da Súmula 267 do Superior Tribunal Federal, na qual não admite impetração do *writ* contra ato judicial passível de recurso ou correição, atualmente é pacífico o entendimento dos tribunais pela aplicabilidade da medida, desde causadora de dano irreparável ao impetrante da ação mandamental.

---

<sup>15</sup>Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica 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.

[...]

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

<sup>16</sup>ADIN 4.296.

Inclusive os atos dos parlamentares, quando da elaboração de lei ou na votação de projeto ou, inclusive, na própria administração do Poder Legislativo, também podem ser atacados pela via mandamental, desde que, infringindo normas regimentais da própria Casa Legislativa ou da Constituição, causem ofensa aos direitos ou prerrogativas do impetrante. Uma situação plausível desta ocorrência haveria quando uma lei que restringe um direito do impetrante fosse aprovada sem o respeito necessário ao regimento da casa legislativa, por exemplo, no caso de uma espécie de lei, que necessitasse de um quórum de maioria absoluta, fosse aprovada pela maioria simples. Atente-se ao fato de que o objeto desta ação não será uma lei em tese, hipótese não admitida de acordo com a Súmula 266<sup>17</sup>, mas o ato do presidente da casa legislativa que não procedeu o correto procedimento legislativo.

Assim, compreende-se o aspecto ampliativo do conceito de agente coator, para fins de impetração da ação mandamental.

## 1.2 Evolução Histórica

Um estudo, ainda que breve, a respeito das raízes históricas do mandado de segurança é de toda importância para aperfeiçoarmos a compreensão do instituto, além de ser fundamental para o entendimento do presente trabalho.

O controle dos atos do poder estatal é uma medida presente na história das sociedades humanas que implantaram organização política. Contudo o desenvolvimento desse pensamento se firmou com peculiaridades próprias em cada Estado, seguindo suas particularidades em determinado contexto histórico.

De fato, nessas sociedades encontra-se um ordenamento jurídico que as estrutura, contendo um sistema de normas, onde incluem-se competências, padrões de conduta e funções dirigidas a determinados agentes ou entes políticos, com a finalidade de cumprirem seus objetivos, qual seja, satisfazer o interesse público.

No entanto, a simples institucionalização do Estado Moderno nos moldes descritos não são suficientes para garantir os direitos individuais do cidadão, ante a discricionariedade do Estado.

---

<sup>17</sup>Súmula 266: Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

Necessário o fortalecimento, com previsão legislativa e constitucional, dos direitos individuais e sociais e mais hodiernamente dos direitos difusos, por conseguinte, a adoção de um meio jurídico para acabar com essas injustiças cometidas pela arbitrariedade do Poder Estatal.

É nesse sentido que se compreende o surgimento do instituto do mandado de segurança, como uma garantia ligada à ideia de liberdade e proteção das pretensões individuais contra a intervenção do Estado, precipuamente quando este desobedece os seus objetivos e funções previstos na Lei Magna.

Do ponto de vista político-ideológico pode-se citar a Magna Carta inglesa de 1215, o *Habeas Corpus Act*, a *Petition of Rightis* e a Revolução Francesa como marcos decisivos para a formação da noção de amparo as liberdades públicas em detrimento do regime estatal da época.

Os Estados Unidos da América, entretanto, foi onde se consolidou esses postulados ideológicos, promovendo inclusive meios práticos e eficazes para tutelar os direitos do cidadão contra o arbítrio estatal. Daí o surgimento das medidas conhecidas como *writs*, um instrumento próprio para que essas aspirações político-filosóficas de liberdades fossem observadas, se prestando à proteção dos direitos lesados, cuja reparação ainda não havia sido estipulada expressamente na lei. Ressalta-se, que os *writs* devem ser compreendidos de forma mais abrangente que o atual formato do mandado de segurança, uma vez que se faziam oposição, inclusive contra atos particulares, além de ser o meio hábil para assegurar as liberdades de locomoção e de informação.

No ordenamento jurídico inglês, a medida era conhecida como *mandamus*, e tinha como finalidade a proteção dos direitos dos funcionários demitidos ou removidos ilegalmente por decisões contidas em atos administrativos.

Melchiades Picanço<sup>18</sup> faz uma interessante correlação entre o sistema Norte-Americano e o Inglês, ambos institutos que inspiraram a criação do mandado de segurança no direito pátrio:

O mandado de segurança do direito brasileiro se aproxima mais do *mandamus* inglês, instituído para proteger os funcionários demitidos ou removidos ilegalmente. O *mandamus* visa atos administrativos. O mandado

---

<sup>18</sup> PICANÇO, Melchiades apud FACCI, Lúcio Picanço. *Evolução Histórica do Mandado de Segurança*. Em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3461>>. Acesso em: 05 de abril de 2011.)

de segurança também, criado pela Constituição brasileira, se dirige contra atos de autoridades. O *writ*, ao contrário disso, é medida geral de proteção contra atos públicos e particulares. O mandado de segurança poderá equivaler a certo e determinado *writ*, mas não a qualquer deles. O *writ of mandamus* não se confunde com o *quo warrant*, nem com o *writ of certiorari*.

O mandado de segurança brasileiro também teve influência do instituto do Direito Mexicano, onde a *juicio* tinha o poder de conhecer as reclamações contra os atos do executivo e do legislativo, que violassem direitos individuais, fazendo um controle tanto da constitucionalidade das leis, quanto dos atos das autoridades em geral.<sup>19</sup>

No Direito português, o instituto da *apelação extrajudicial* também pode ser mencionada como fonte histórica do mandado de segurança pela similitude de seu conteúdo, não se equipara, no entanto, por que a medida no ordenamento jurídico luso somente era exercida através do meio recursal.

Embora relevantes essas considerações sobre o instituto no mandado de segurança, principalmente pela evolução de como essa espécie de proteção aconteceu no direito comparado, forçoso concluir que a ação mandamental, nos moldes como ela se constitui no direito pátrio, é uma criação genuinamente brasileira.

### 1.2.1 O Mandado de Segurança no Direito Brasileiro

Antes de adentrarmos no tema da positivação do mandado de segurança no Direito Brasileiro, necessário analisar alguns institutos que o precederam e que influenciaram na sua configuração.

Como bem salienta Celso Agrícola Barbi<sup>20</sup>, durante o período colonial, quando o Brasil ainda estava sob o domínio da metrópole portuguesa, não havia mecanismo jurídico eficiente, capaz de proteger o particular contra os atos abusivos da Administração, uma vez que o poder era concentrado no Executivo, instituído e orientado pela Coroa de Portugal.

Proclamada a independência do Brasil, os ideólogos começaram a sugerir a criação de um instituto apto a efetuar o controle dos atos administrativos.

<sup>19</sup>TAVARES, André Ramos. **Manual do Mandado de Segurança**. 2007. pág.810

<sup>20</sup>BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 1984, pág. 45.

Nesse viés, promulgou-se a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, primeira norma brasileira a positivar o controle dos atos administrativos, que, por sua vez, prescreveu um instrumento específico para a tutela desses direitos, denominada Ação Anulatória.

Essa ação foi a precursora das legislações que posteriormente versaram sobre o controle judicial dos atos do Poder Público, possuindo inclusive, o mesmo fundamento ideológico do mandado de segurança.

No entanto, tendo em vista a característica centralizadora e elitista que permeava a sociedade brasileira naquele período, a ação anulatória não foi muito eficaz no tratamento dessas questões a que pretendia resguardar, havendo pouca utilização dessa medida à época.

Na Constituição de 1891 só se previa apenas um remédio constitucional, qual seja o *habeas corpus*, que era o instrumento de tutela da liberdade física do indivíduo, mas que protegia a pessoa sempre que sofresse ou estivesse na iminência de sofrer violência, coação, ou ilegalidade e abuso de poder.<sup>21</sup>

Portanto, se percebe que o remédio tinha disciplina ampla, podendo ser empregado nos casos atualmente suscetíveis de impetração do mandado de segurança, uma vez que era permitido contra a ameaça ou violação a direito por meio de ilegalidade e abuso de poder. Somava-se a isso, a ausência no ordenamento jurídico brasileiro de outro recurso para tutelar a a proteção dos direitos em face da administração pública.

Com a reforma constitucional de 1926, restringiu-se o alcance da teoria brasileira do *habeas corpus*, transformando-se em uma garantia específica para a liberdade de locomoção. Nessa época, difundia-se a tese de que era possível se utilizar de forma extensiva o instituto dos interditos possessórios para tutelar os direitos individuais, foi uma forma pela qual se buscou atenuar os efeitos da reforma supramencionada, suprimindo as lacunas deixadas.

Rui Barbosa<sup>22</sup>, na defesa da tese da adequação dos interditos possessórios à tutela dos direitos pessoais, pontificava: “*Não obstante a sua imaterialidade, pois, isto é, o seu caráter de simples direito, contraposto ao de realidades corpóreas, esses bens são objeto de posse. E, desde que o são, vêm a entrar, pela definição do art. 585, na categoria de coisas.*”

---

<sup>21</sup>Art. 72. § 22 - Dar-se-á 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.

<sup>22</sup> BARBOSA, Rui apud FACCI, Lúcio Picanço. *Evolução Histórica do Mandado de Segurança*. Em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3461>>. Acesso em: 05 de abril de 2011.)

No entanto essa última tese não prosperou, posto que a ação possessória tinha conteúdo essencialmente patrimonialista e não de direito pessoal.

Utilizou-se, então, uma medida conhecida como Ação Sumária Especial que propiciava ao indivíduo a defesa específica das liberdades públicas, nos termos do artigo 13 da Lei nº 221 de 1894<sup>23</sup>. No entanto esse instrumento também não logrou êxito na proteção dos direitos individuais, uma vez que atribuía uma competência excessiva ao Poder Judiciário, que afrontava o princípio da separação dos poderes. Além disso, mesmo tendo adotado o rito do *processo sumário*, seu julgamento era demasiadamente longo, em descompasso com a suspensão imediata que se fazia necessária contra os atos de autoridade.

Dessa forma, permanecia o cidadão ao alvedrio do Poder Estatal, sem ter uma solução jurídica revestida de eficácia para a defesa de seu direito.

Na época, o jurista Alberto Torres começou a fazer referência a uma medida que poderia ser utilizada na proteção individuais, que seria conhecido posteriormente como mandado de segurança. Apresentou um projeto de reforma constitucional, onde incluía o *mandado de garantia* como medida constitucional de proteção dos indivíduos, nos seguintes termos: “*É criado o mandado de garantia, destinado a fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar preventivamente, os direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato do poder público ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial*”<sup>24</sup>.

Entretanto, apenas em 1934 foi consagrado o instituto do Mandado de Segurança em uma Carta Constitucional, na qual foi apresentada nos seguintes termos:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

33) Dar-se-á mandado de segurança para 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 sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes.

<sup>23</sup>Art. 13. Os juizes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União.

<sup>24</sup> TORRES, Alberto apud FACCI, Lúcio Picanço. *Evolução Histórica do Mandado de Segurança*. Em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3461>>. Acesso em: 05 de abril de 2011.)

O dispositivo referido dispõe que o procedimento é o mesmo daquele seguido pelo *habeas corpus*, no entanto, com a edição da Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1934, regulamentou-se o procedimento do mandado de segurança, obtendo regras próprias.

Posteriormente, com o golpe militar de Getúlio Vargas, suprimiu-se a Constituição de 1934, instituindo o Estado Novo, regime caracterizado pela centralização do poder no chefe do executivo e autoritarismo. Foi outorgada a Carta Política de 1937, que não contemplou o *mandamus*, embora permanece autorizado a impetração da ação mandamental, uma vez que a Lei nº 191 de 1936, ainda não fora revogada expressamente, mas restringiu-se sua aplicação aos casos de abuso de poder e ilegalidades cometidas por autoridades do Poder Público.

Apesar de ainda existir, foi reduzida a utilização da ação mandamental, delimitando-se sua atuação de forma a não alcançar os atos praticados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores. Ou seja, não havia proteção legal contra os atos do poder executivo, o que veio muito a fortalecer o regime ditatorial da época.

Posteriormente, com o primeiro Código de Processo Civil, de 18 de setembro de 1939, consolidou-se o remédio constitucional, passando a disciplinar a ação em seus artigos 319 a 331, substituindo, desse modo, a referida Lei Ordinária nº 191, de 1936, mas manteve-se, no entanto, as restrições anteriormente mencionadas, limitando a sua aplicação também em matérias relativas às taxas e aos impostos, bem como os legitimados passivos.

O mandado de segurança só voltou a ter status constitucional com a promulgação da Carta Constitucional de 1946 que, seguindo o momento de redemocratização do Estado Brasileiro, ampliou o seu alcance, tornou-se um direito constitucional do cidadão, diminuindo as discrepâncias impostas pelo regime anterior. Assim, prescrevia o artigo 141, §24, na Constituição de 1946:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:  
§ 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.

A Constituição de 1946 foi um marco contra os desmandos do Estado Totalitário que o precedeu (1930-1945). Nota-se que essa Carta Magna fez alusão a “direito líquido e certo”, não cabendo mais se discutir o grau de complexidade ou relevância do direito invocado, basta que ele seja líquido e certo, como nos moldes atuais, já discutidos.

A Lei Federal nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, passou a ser a legislação disciplinadora da garantia constitucional do Mandado de Segurança, estabelecendo suas regras gerais, revogando as disposições do Código de Processo Civil que regulamenta a matéria.

O diploma de 1951 permaneceu em vigor até o advento da Lei nº 12.016, em 7 de agosto de 2009, que revogou expressamente a primeira.

Com a Constituição Federal de 1967, manteve-se a garantia constitucional, instituída no seu artigo 150, §21, diferenciando-se da Carta de 1946 por referir-se a “direito individual líquido e certo”, portanto houve o acréscimo do termo *individual*, o que não trouxe nenhuma alteração significativa, até porque ainda não se previa a impetração da ação mandamental para proteger interesses coletivos.

No entanto, importante observar que o conceito posto pela Carta de 1967 manteve a expressão “seja qual for a autoridade”, advinda da Constituição de 1946, o que reafirma o cunho democrático atingido neste período histórico.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, ante o seu caráter revolucionário, foi considerada como a expressão de um novo poder constituinte originário, assim outorgou-se uma nova constituição, na qual continuou resguardando a garantia constitucional, não modificando o já disposto sobre o Mandado de Segurança na redação da Constituição de 1967.

A garantia do Mandado de Segurança foi consagrada na vigente Carta Magna de 1988, sendo incluída no rol de direitos e garantias fundamentais. A inovação foi o surgimento de uma nova espécie de *mandamus*, que se trata do Mandado de Segurança Coletivo, que poderá ser impetrado por Partido Político ou por Organização Sindical.

Ante o exposto, em conclusão a esse tópico, que teve por objeto traçar um estudo resumido do aparato histórico que envolve o Mandado de Segurança, desde do surgimento de seu sentido ideológico no direito estrangeiro até o surgimento da Constituição Federal de

1988 e a Lei Federal nº 12.016/2009, devemos observar que todos esses regimes legais, quer ampliando, quer restringindo a aplicação do *writ*, demonstram que a aplicação dessa medida sofre bastantes influências dos contextos político-sociais em que se envolve, principalmente por ser um meio de restrição aos abusos da administração pública. Necessário portanto, que essa medida seja preservada, uma vez que sua ampla utilização, está em consonância com os princípios fundamentais da pessoa humana, que a protege e resguarda os seus direitos ante as violações cometidas pelo Poder Estatal.

### 1.3 Do Novo Regime do Mandado de Segurança

Como visto, anteriormente o Mandado de Segurança era disciplinado pela Lei nº 1.533. de 31 de dezembro de 1951, que embora tivesse sido alterado em algumas disposições posteriormente, não se apresentava mais como um instrumento jurídico condizente com os princípios e valores que norteiam o processo civil atual.

Em razão disso foi promulgada em 7 de agosto de 2009 a Lei nº 12.016, com o fito de consolidar em um único diploma todas as normas necessárias e esparsas que existiam a respeito do tema, além de incluir os avanços e disposições já sedimentadas pela doutrina e pela jurisprudência à aplicação da ação mandamental.

O novo diploma legislativo trata, ainda, da disciplina do Mandado de Segurança Coletivo, já previsto pela Constituição Federal de 1988, mas sem regulamento próprio até a publicação da norma sob exame.

Em síntese, as alterações da nova lei vieram atualizar a a antiga, assim como adaptar o instituto ao sistema do Código de Processo Civil e suas últimas reformas.

Com isso, o sistema processual do mandado de segurança está bem mais consistente do que a antiga lei. Aliás a busca por essa sistematicidade era o maior propósito nas exposições realizadas no próprio projeto da Lei.

A utilização do mandado de segurança, quando cabível, se mostra bem mais vantajosa e menos onerosa que outras vias processuais, principalmente pela celeridade na tramitação e por não comportar dilação probatória posterior.

Deve-se ressaltar que para que não se restrinja a utilização desse remédio jurídico, torna-se imprescindível que o procedimento disciplinado na nova legislação submeta-se às premissas estabelecidas na Constituição.

Nesse viés, a doutrina e a jurisprudência defendem a máxima efetividade do mandado de segurança, uma vez que a própria Constituição, no artigo 5º, inciso LXIX, inseriu o *writ* como uma cláusula pétrea, uma garantia fundamental.

Assim a Lei Maior, não limitou o alcance do mandado de segurança, excetuado nos casos amparados por *habeas data* e *habeas corpus*, não estipulou um prazo para a sua impetração, apenas definindo os seus pressupostos básicos. Desse modo, não seria cabível ao legislador infraconstitucional restringir ou limitar a utilização dessa garantia, o que caracteriza uma flagrante inconstitucionalidade.

Dessa forma, demonstraremos que, apesar de determinados avanços que a lei trouxe, como a previsão do rito para o mandado de segurança coletivo e a possibilidade de transmissão de dados eletronicamente, é possível também identificar algumas disposições que contrariam preceitos constitucionais, precipuamente às que se referem a limitações a impetração da ação mandamental, estabelecendo por meio de norma infralegal, limitações a uma garantia constitucional, que serão apontadas de forma mais detalhada.

Entretanto, até que o Supremo Tribunal Federal se posicione acerca das inconstitucionalidades suscitadas, permanecem em vigor os preceitos da nova lei e por ele devem se orientar os operadores do direito e os particulares, vítimas de abuso de poder e ilegalidades da Administração Pública.

Necessário, no entanto, o debate sobre tais questões, com enfoque jurídico e político, sem se distanciar dos direitos fundamentais e dos princípios que regem o direito pátrio, como o da supremacia da Constituição. Contudo o exame de todas esses pontos nos afastaria do centro da nossa exposição, tendo em vista a amplitude de discussões que cada uma delas traz. Destarte, vamos nos deter em uma desses aspectos que tem provocado grande debate no meio jurídico, qual seja a exigência de caução para a concessão de liminares em mandado de segurança.

## 2 DAS LIMINARES NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

O processo judicial no Brasil tem se caracterizado pela sua morosidade, muito em razão do excessivo número de litígios que são protocolados perante o Poder Judiciário, que não pode se afastar a prestar justiça, sob pena de ferir a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição<sup>25</sup>, mas deve ao mesmo tempo manter os ideais de celeridade e eficácia, também garantidos constitucionalmente.

Reconhece-se que todo processo deve passar por certa dilação temporal, pois o magistrado não é capaz de proferir uma decisão instantânea, principalmente ante a complexidade de muitas causas e os diversos interesses envolvidos. Não é aceitável, contudo, a morosidade ou paralisação imotivada do processo, constituindo uma ofensa a uma das garantias do jurisdicionado, qual seja a da razoável duração do processo<sup>26</sup>.

Com a finalidade de evitar ou diminuir as consequências nocivas dessa demora processual, é colocado à disposição das partes uma série de medidas de urgência capazes de conceder àquele cujo direito está sendo lesado ou ameaçado de lesão, uma proteção que lhe assegure, ao menos, restauração da situação jurídica original, até a prolação da sentença.

Essas medidas de urgência integram a função jurisdicional, mas possuem certa autonomia em relação ao processo principal, uma vez que possuem instrumentos específicos para que exerçam a sua função peculiar. Entre elas, destaca-se a ação cautelar e a tutela antecipada.

Os operadores do direito, com frequência, confundem-se a respeito dos institutos mencionados, principalmente na distinção dessas medidas de urgência com o conceito de liminar. Contudo, não se pode confundir essas medidas com a liminar, que, como veremos, pode ser vista mais como uma característica ou qualidade que essas tutelas de urgência podem ter.

---

<sup>25</sup>Art. 5º [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>26</sup> Art. 5º (...)

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação

As cautelares e as antecipatórias se aproximam por desempenharem função semelhante, qual seja, propiciar condições para a convivência entre a efetividade da jurisdição com a segurança jurídica. Regem-se pela instrumentalidade, são precárias e fundadas em indícios de probabilidade, possuindo como características a revogabilidade, a reversibilidade e a provisoriedade. Buscam otimizar a prestação da tutela jurisdicional, mas sujeitam-se a regimes processuais e procedimentais distintos.

A tutela antecipada tem previsão no artigo 273 do Código de Processo Civil, é uma medida a ser requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, cabível quando urgente a satisfação do direito afirmado, desde que fundado em receio de dano irreparável ou difícil reparação, exigindo, além disso, prova que leve à quase certeza do direito alegado. Outra possibilidade de cabimento é quando estiver evidenciado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, o que permite coibir quem se utiliza do processo com intuito emulativo. Trata-se, pois, da antecipação total ou parcial do direito pretendido com a ação, como meio de evitar que o direito pereça ou sofra dano irreparável.

Já a ação cautelar é postulada em ação autônoma, cabível quando urgente a necessidade de garantir a futura eficácia do processo, assegurando a pretensão e não necessariamente o direito material. Na cautelar o provimento é autônomo em relação a tutela definitiva, podendo não ter relação de pertinência com a satisfação do direito. Essa medida tem duração limitada no tempo, motivo pelo qual a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência. As medidas cautelares encontram regulamentação própria em lei específica e no Código de Processo Civil, permitindo ao demandante optar por cautelares atípicas, desde que presentes seus requisitos autorizadores: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Outro ponto relevante a respeito desses institutos é a fungibilidade entre essas tutelas de urgência. Com a finalidade de aprimorar o sistema preventivo no direito processual brasileiro, foi incluído pela Lei nº 10.444, em maio de 2002, o §<sup>7º</sup><sup>27</sup> no artigo 273 do CPC, estipulando que são fungíveis essas medidas, desde que preenchidos os requisitos para a medida adequada. Desse modo, diante da possibilidade de o magistrado se deparar com uma

---

<sup>27</sup>§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

situação duvidosa quanto a correta adequação procedimental ao caso, deve-se flexibilizar as regras, orientado no sentido da instrumentalidade do processo, dando-lhe efetividade.

Importante destacar que a positivação da fungibilidade entre essas medidas veio fortalecer o regime jurídico das tutelas de urgência, ressaltando a importância da preservação de um direito fundamental da parte, qual seja, o de ter o seu pleito apreciado de forma correta e eficaz pelo judiciário, reduzindo o formalismo em prol de uma maior efetividade e destreza na prestação jurídica.

Nessa lógica, o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil tem como uma das suas principais inovações a unificação dos institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada. O processo cautelar seria extinto, passando a existir as figuras da tutela de urgência e da tutela de evidência, que poderão, nos termos do artigo 277<sup>28</sup> desse Anteprojeto, possuir natureza cautelar ou satisfativa. Sobre a tutela de evidência, uma das suas hipóteses de cabimento, precisamente a do inciso III do artigo 285<sup>29</sup>, se configura quando incontroversas e notórias as provas apresentadas pelo requerente, em um alto grau de juízo de certeza, o que muito se aproxima aos requisitos do mandado de segurança, que exige prova de violação ao direito líquido e certo. Se diferenciam, entretanto, porque a tutela de evidência deve ser requerida contra o particular, ao passo que no mandado de segurança o sujeito passivo será um agente público.

## 2.1 Conceitos e características

Como visto, o trânsito vagaroso do processo pode causar danos permanentes ao demandante, quando seu direito é reconhecido de forma tardia. Nesse diapasão, surgiram

<sup>28</sup>Art. 277. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

<sup>29</sup>Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

*Parágrafo único.* Independente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

diversos instrumentos jurídicos aptos a tornarem o objeto da ação ou o próprio processo íntegros até a decisão final, sendo conhecidas como tutelas de urgência.

Fixadas as considerações sobre as tutelas de urgência no tópico anterior, faz necessário diferenciá-las da medida liminar, para tanto, é imprescindível uma análise do seu significado e da abrangência.

O termo “liminar” se origina do latim *liminaris*, que deriva de *limen*, que significa limiar, entrada, porta. No âmbito em questão, liminar pode ser entendida como aquela tutela concedida no início da lide, sem que tenha havido a oitiva da parte adversa.

Caracteriza-se, portanto, pela concessão do pleito a uma das partes no início do processo, seja por tutela antecipatória, em que se concede o próprio pedido da inicial, seja por ação cautelar, permitindo a realização de determinado ato que visa garantir a eficácia do processo.

Pelo o exposto, observa-se que a liminar não é uma nova modalidade de medida de urgência ou um outro instituto de direito material autônomo, mas sim uma qualidade daquilo que é pretendido no início, significando um instrumento útil ao judiciário para o alcance da efetividade do provimento.

Ressalta-se que ela também é provisória, contendo duração limitada no tempo, normalmente até a decisão definitiva, que poderá revogá-la ou confirmá-la.

Como bem relata Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>30</sup>, toda a liminar antecipa “algo”, e é concedida com base em prova não exauriente, apesar de que a cognição sumária do juiz possa variar em graus, posto que em alguns casos exige-se uma dose menor de probabilidade, enquanto outras requerem a demonstração quase completa do direito, como é o caso do mandado de segurança.

Adroaldo Furtado Fabrício<sup>31</sup> delinea com precisão o significado da expressão:

Como no sentido comum dos dicionários leigos, liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido in limine litis, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da provação. Nada importa

<sup>30</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repertório da Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares**. 1995. pág. 7.

<sup>31</sup>FABRÍCIO, Adroaldo Fabrício apud DIDIER, Fredie. **Liminar em Mandado de Segurança**. Em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2917>>. Acesso em: 29 de abril de 2011.

se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar; também não releva indagar se diz ou não com o *meritum causae* nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O critério é exclusivamente topológico. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite inaudita altera parte, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação.

Calmon de Passos<sup>32</sup> também define liminar, nos seguintes termos:

Liminar é o nome que damos a toda providência judicial determinada ou deferida *initio litis*, isto é, antes de efetivado o contraditório, o que pode ocorrer com exigência da citação que possibilita a participação em o contradizer (justificação prévia), ou sem citação daquele contra quem se efetivará a medida. [...] A liminar, portanto, não é liminar em função do seu conteúdo, mas em decorrência do momento e das circunstâncias de seu deferimento.

Hely Lopes Meireles<sup>33</sup> conceitua a liminar, relacionando-o com a ação mandamental:

A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança quando *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 juris* 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 pré-julgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado.

---

<sup>32</sup>DE PASSOS, Calmon apud DIDIER, Fredie. *Liminar em Mandado de Segurança*. Em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2917>>. Acesso em: 29 de abril de 2011.

<sup>33</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 2007, pág. 83.

Outrossim, o Código de Processo Civil corrobora com os conceitos mencionados, referindo acerca da medida liminar como aquela concedida anteriormente à citação, o que se observa com a leitura dos artigos 461<sup>34</sup>, 804<sup>35</sup> e 928<sup>36</sup> deste diploma processual.

Dos conceitos apontados e dos dispositivos citados, extrai-se as principais características e os pressupostos que compõem a medida liminar.

Com efeito, para que seja deferido o pleito *in limine* devem estar presentes dois requisitos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, com a análise ainda do chamado *periculum inverso*.

Dessa forma, pode-se afirmar que os pressupostos da liminar são similares ao da cautelar, diferenciando no que tange ao momento, já que para a primeira é imprescindível a presença desses requisitos já no início da lide, enquanto na cautelar basta que não ultrapasse o momento da prolação da sentença.

O *fumus boni iuris* ou a fumaça do bom direito significa o juízo de probabilidade de exercício do direito de ação pela ocorrência da plausibilidade e verossimilhança do direito alegado. Aqui não há a necessidade de demonstrar que o direito existe, bastando a mera probabilidade, o que não significa que o autor possa se utilizar de meras alegações.

Já o *periculum in mora* se configura quando fundado o temor de que a apreciação do objeto da demanda seja prejudicada enquanto aguarda a tutela definitiva. O dano a que se refere deve ser provável, quase num juízo de certeza, não satisfazendo o critério o dano possível ou eventual.

---

<sup>34</sup>Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificção prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (grifo nosso)

<sup>35</sup>Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer (grifo nosso)

<sup>36</sup>Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique perfeitamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à Audiência que for designada." (grifo nosso)

Além desses elementos, outro pressuposto relevante para as liminares é o *periculum in verso*, que significa a verificação se o deferimento da liminar irá causar mais dano à parte requerida do que aquilo que visa evitar pelo requerente.

Quanto as características das liminares, a primeira que sobressai é que elas são concedidas antes da oitiva da parte adversa. Assim, essa medida é conferida sem o estabelecimento de uma bilateralidade, o que não caracteriza quebra ao princípio do contraditório, pois este ocorrerá posteriormente durante o processo, já que após o provimento de urgência, o promovido será citado, oportunidade em que contestará a ação, podendo levar o magistrado a confirmar a medida liminarmente deferida ou revogá-la, conforme o que se apurar na instrução da causa. Isso se justifica porque diversas vezes a audiência da parte adversa pode levar a frustrar a própria finalidade da medida de urgência, possibilitando que a outra parte acelere a realização do ato que se tenha receio.

Evidente que a condição da não oitiva da parte nem sempre é necessária para a concessão da liminar, uma vez que nem todas as medidas de urgência são capazes de serem frustradas com a ciência da parte adversa, como no exemplo do pedido de alimentos provisórios. Mesmo assim a liminar seria cabível, visto que o perigo deriva de um fato natural.

Outra característica das liminares é que elas são decretadas após uma cognição sumária do caso pelo magistrado. Pela própria natureza das tutelas de urgência não seria possível um amplo conhecimento da matéria para que seja satisfeito a situação de urgência, o que iria de encontro com a própria natureza do instituto. Por esse motivo que a liminar tem como pressuposto o *fumus boni iuris*, devendo haver apenas uma análise superficial do pedido para que se vislumbre a plausibilidade e a verossimilhança do direito invocado.

A terceira característica das liminares é que o despacho que defere a medida ou que a denegue deve ser fundamentado. Isto se faz necessário pois trata-se de uma medida utilizada antes mesmo de o processo ter se submetido ao contraditório. Desse modo, legitima-se a providência jurisdicional, que pela sua excepcionalidade poderia gerar risco ao regular processamento da instrução principal.

Uma das qualidades das liminares que merece ser destacada, ante a importância dela para o presente estudo, é a possibilidade dela ser condicionada a uma contracautela. Esta pode ser conceituada como uma forma de prudência a ser tomada perante as medidas de

urgência para proteger aquele contra quem é voltado o pleito, podendo se apresentar nas formas de justificação ou caução.

A justificação pode ser entendida como uma audiência marcada pelo julgador, na qual ele pretende firmar o seu juízo de convicção sobre a necessidade ou não da oitiva da outra parte. Trata-se, portanto, de uma atitude acautelatória em prol do requerido, pois assim certifica-se o magistrado da necessidade de ser deferida a medida sem o estabelecimento do contraditório.

Já a caução é uma garantia, seja real ou fidejussória, ofertada pelo autor para o fim de cobrir ou resguardar possíveis prejuízos que a medida pode causar a outra parte. É uma medida aconselhável quando, embora aparente o direito do autor, a prestação da tutela de urgência possa causar dano a outra parte, o que não seria adequado, pois a liminar não se presta a transferir o risco de uma parte para a outra.

Frise-se que a contracautela, seja a caução, seja a justificação, não é um pressuposto para a concessão da medida liminar, o que significa que não deve ser exigida em toda e qualquer hipótese de pedido de tutela de urgência. O caso em concreto indicará sobre a possível ocorrência do dano e da necessidade de sua exigência, não podendo-se presumir, mesmo que o requerido seja a fazenda pública, que todos os casos poderão causar prejuízos de forma significativa.

Isso nos leva a conclusão que a contracautela não está adstrita a mera discricionariedade do magistrado, embora seja necessária uma certa subjetividade do julgador na análise da situação fática, mas a exigência só deve encontrar amparo quando necessário for para o equilíbrio da demanda. O magistrado deve utilizá-la com prudência, de forma a não facilitar a utilização da liminar para quem não faz jus a ela, e nem para obstaculizar o seu uso para quem realmente possui necessidade do amparo emergencial.

Como bem assinala Humberto Theodoro Júnior<sup>37</sup>, a caução não pode ser erigida a pressuposto, cuja presença liberaria o juiz do dever de examinar os reais fundamentos fáticos que autorizam as medidas restritivas de direito que se contêm nos provimentos de segurança.

---

<sup>37</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 2009. pág. 154.

Dessa forma, a tutela liminar continua submetida aos pressupostos indicados (*fumus boni iuris, periculum in mora e periculum in verso*), que presentes impõem o deferimento da liminar, sem necessitar de outras condições.

Assim, o juízo de cognição sumária empreendido pelo magistrado quando da análise do cabimento da liminar não assume um caráter discricionário, pois o direito que o impetrante pretende obter *in limine* não está condicionado a uma liberalidade da justiça, mas sim ao atendimento dos requisitos rigidamente traçados pela lei, tendo o direito subjetivo de exigir a justiça por meio da tutela jurisdicional, na qual o Estado se incumbiu de prestar.

Delineadas essas premissas, passemos a análise das liminares em ações de mandado de segurança.

## 2.2 Liminares em Mandado de Segurança

Como visto, o mandado de segurança é o procedimento utilizado para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for uma autoridade pública ou quem esteja no exercício de funções públicas.

Uma das características marcantes do mandado de segurança, além de ser um processo diferenciado, é sua nítida característica de urgência. Nesse aspecto, a Lei 12.016/09 apresenta diversos dispositivos a favor da jurisdição para que se combata a mora processual, estabelecendo a prioridade na tramitação processual, a possibilidade de impetrar o *writ* por meio de telegrama, radiograma, fax ou e-mail, além de prever o cabimento da medida liminar.

Nesta perspectiva, o artigo 7º, III, da legislação mencionada determina:

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

[...]

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Pela leitura da norma acima, depreende-se que a liminar em mandado de segurança se amolda ao conceito de liminar explicado no item anterior. Se refere, entretanto, quanto aos seus pressupostos autorizadores, a “fundamento relevante” e “do ato impugnado puder resultar ineficácia da medida”.

“Fundamento relevante” é um termo que muito se assemelha ao conceito de *fumus boni iuris* e até do requisito da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, presente na tutela antecipada.

A análise do “fundamento relevante” também deve estar voltada à medida que busca assegurar. Ou seja, como o mandado de segurança é uma ação cuja finalidade é proteger o direito líquido e certo do impetrante, em razão disto, é correto entender que o conceito de “fundamento relevante” se trata da apresentação prova pré-constituída e contundente de que houve violação da lei ou da Constituição por parte da autoridade pública. Se, entretanto, o ato impugnado não for flagrantemente contrário a alguma norma, torna-se mais dificultoso ao impetrante demonstrar a presença desse pressuposto, devendo se socorrer, caso necessário, a outras fontes admitidas em direito, como julgados anteriores ou teses doutrinárias.

O magistrado, portanto, antes de conceder a liminar deve verificar se o que foi apresentado pelo impetrante na exordial é suficiente para demonstrar que os fatos aduzidos ensejam o surgimento do direito que invoca. Por isso, deve o impetrante apresentar em juízo todos os documentos possíveis para firmar o pedido formulado, tornando-o uma evidência indiscutível de que ele logrará êxito na demanda. Caso haja divergência acerca da sua suficiência para se comprovar o contexto fático exposto, ausente estará o fundamento relevante, inviabilizando a concessão da liminar pretendida.

Sobre esse ponto, Bruno Garcia Redondo<sup>38</sup> chega a seguinte conclusão:

Compartilhamos, como já afirmado, do entendimento de que a liminar do mandado de segurança não constitui um *tertium genus*. Ela pode assumir feições de tutela cautelar ou satisfativa, conforme os moldes em que seja requerida e dependendo de sua finalidade. Tampouco existe gradação entre o *fumus boni iuris* necessário à tutela cautelar e a “prova inequívoca reveladora da verossimilhança da alegação” exigido para a tutela satisfativa. Entendemos que todas essas medidas de urgência consistem em avaliação sobre probabilidade, em razão tanto da fungibilidade existente entre as

---

<sup>38</sup>REDONDO, Bruno Garcia. DE OLIVEIRA, Guilherme Peres. CRAMER, Ronaldo. **Mandado de Segurança, Comentários à Lei 12016, de 7 de Agosto de 2009**. 2009. pág. 99.

tutelas – que entendemos, a despeito da divergência existente, ser de “via de mão dupla” – quanto da dificuldade de aferição precisa sobre a diferença entre os níveis de 'possibilidade' e de 'certeza', como da tendência de unificação teórica e legislativa das medidas de urgência.

Quando do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, cabe a liminar. É uma condição inerente a aplicação desta medida, o que preenche o requisito do perigo da demora, uma vez que o aguardo da própria tutela definitiva pode colocar em risco o seu direito, tornando ineficaz a própria atividade jurisdicional, assim o instituto da liminar além de resguardar o direito do indivíduo face ao Estado, garante a própria efetividade do provimento jurisdicional.

Nesse segundo requisito, deve-se examinar se o não deferimento da liminar criará alguma situação irreversível, que cause danos ao impetrante. Caso conclua pela existência do risco, impõem-se a concessão da liminar.

Os requisitos são cumulativos, estando o deferimento da liminar vinculado à presença de ambos. Logo, a concessão da tutela de urgência não será uma faculdade do magistrado, pois se trata de um ato restrito e vinculado a essas hipóteses.

Reconhecendo a presença ou a ausência de qualquer deles, o julgador deve decidir de forma fundamentada, obedecendo o artigo 93, IX<sup>39</sup>, que dispõe sobre a motivação das decisões do Poder Judiciário, optando ou não pelo deferimento.

Convém lembrar, que nos mandados de segurança coletivos, a liminar apenas pode ser concedida com a audiência da autoridade coatora, conforme previsão do artigo 22, §2<sup>o</sup><sup>40</sup>. Desta forma, a liminar em mandado de segurança coletivo tem esta peculiaridade de não ser *inaudita altera pars*. A referida exigência tem como fundamento o fato de que o processo de jurisdição coletiva pode gerar, eventualmente, prejuízos de maior dimensão à Administração Pública.

---

<sup>39</sup>Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>40</sup>Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 2<sup>o</sup> No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Outrora, muito se discutia acerca da natureza da liminar do *writ*, se ela seria cautelar ou antecipatória. Para se ter uma noção acerca desse debate, se confrontarmos as opiniões de Hely Lopes Meirelles (fls. 38) e Bruno Garcia Redondo (fls. 43) refletidas nesse trabalho, observamos que o primeiro afirma que a liminar “não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador”, enquanto o segundo aduz que esse instituto “pode assumir feições de tutela cautelar ou satisfativa, dependendo da finalidade”.

A antecipatoriedade é uma das formas de solucionar o problema da entrega da prestação jurisdicional. Nesse caso, o juiz pronuncia-se antes acerca da matéria objeto da sentença. Já a cautelaridade se dá quando há alguma situação de perigo que ameace a efetivação prática da tutela jurisdicional.

No nosso entender, existe uma coincidência entre o que se antecipa e o que se pretende obter ao final do processo, que é garantir que a ordem a ser determinada pelo mandado de segurança seja eficaz no contexto fático, portanto o mandamus assume função antecipatória. A providência que se requer com a liminar é a suspensão um ato que já teve início ou que seja determinado o não exercício do próprio ato, no caso do mandado de segurança preventivo. Não se trata aqui de um prejulgamento da causa, já que a liminar não tem o condão de produzir efeitos jurídicos definitivos. Não se pode esquecer, no entanto, que como consequência do deferimento da medida haverá a proteção de um bem em vias de sofrer lesão, o que evidencia também a sua natureza de cautelaridade. Por isso Decomain<sup>41</sup> faz a seguinte distinção:

Terá nítido cunho cautelar, eis que, segundo se verá a seu tempo, somente poderá ser deferida caso se reconheça que, em não o sendo, virá o ato a surtir todos os seus efeitos antes que a decisão definitiva sobrevenha, fazendo com que esta já não seja mais de qualquer valia para o impetrante. Mas configurará antecipação da tutela e não dela própria, na medida em que o impetrante não deseja apenas que o ato seja suspenso, mas sim que seja anulado. Se a anulação vier, certamente que do ato já não mais advirão quaisquer efeitos. Daí por que afirmar-se que se trata apenas de antecipação de efeito da tutela.

Logo, são duas características que coexistem na liminar, uma vez o julgador poderá antecipar os efeitos da decisão com a finalidade acautelatória, que é justamente o que ocorre nas ações mandamentais.

---

<sup>41</sup>DECOMAIN, Pedro Roberto. **Mandado de Segurança (O tradicional, o novo e o polêmico na lei 12.016/09)**. 2009. pág. 274

Outra questão a ser abordada referente a esse tema é acerca da irreversibilidade da liminar em mandado de segurança. A dificuldade se encontra na conciliação dos efeitos fáticos trazidos pela decisão que concede a liminar, com a impossibilidade de retorno ao estado anterior, o que pode levar a diversos prejuízos a serem suportados pela autoridade pública.

Nesse contexto, a Lei do Mandado de Segurança trouxe diversas disposições de cunho protetório ao Estado contra essas medidas, o que seriam evidentemente adequadas, se não fosse o modo como foram estipuladas, que muito reduzem a possibilidade do particular conseguir o seu provimento liminar, constituindo afronta a diversos princípios constitucionais, como o da igualdade e o da inafastabilidade da jurisdição, como adiante analisaremos.

Além dessas características, as liminares em mandado de segurança envolvem diversos outros aspectos, que convém que sejam especificados, mas como o objeto do presente trabalho é discorrer sobre a exigência de caução em liminares de mandado de segurança, teceremos os comentários suficientes para situar a utilização desta medida no *mandamus*, sem a intenção de esgotar em profundidade esses itens, vez que nos afastaria do principal intuito deste ensaio.

### 2.2.1 Concessão de ofício

Um dos pontos que trazem polêmica no âmbito das providências de urgência se refere a exigência de requerimento pelo impetrante para sua concessão ou se o juiz pode fazê-lo de ofício.

A resolução da questão dependerá da ponderação de dois princípios: da inércia da jurisdição e o da eficiência na Administração Pública.

Entendemos, na hipótese analisada no presente trabalho, ser possível a concessão de ofício da tutela liminar.

Isso se justifica, quando ao assumirmos que o órgão julgador deve adotar todas as providências possíveis e necessárias para o alcance do provimento final àquele que tem o direito.

Quanto a suposta ofensa ao princípio da inércia da jurisdição, entendemos que este se mantém preservado por se tratar de iniciativa da parte a postulação do pedido principal.

Nesse sentido, embora o artigo 128<sup>42</sup> do Código de Processo Civil preceitua a impossibilidade do magistrado conhecer de questões não suscitadas, a doutrina<sup>43</sup> e a jurisprudência têm considerado cabível a concessão de liminar em mandado de segurança de ofício<sup>44</sup>.

Os fundamentos legais para essa interpretação encontram-se nos artigos 798 e 799<sup>45</sup>, que determinam o uso pelo juiz do seu poder geral de cautela, no sentido de resguardar o direito posto na lide. Além disso, cabe recordar a natureza constitucional do mandado de segurança, que pressupõe a indisponibilidade de seu objeto.

Pelo o exposto, verificado pelo julgador que presentes os pressupostos da liminar, mesmo que esta não tenha sido suscitada pela a parte, o órgão jurisdicional estará autorizado a conceder a tutela liminar do direito da parte.

### 2.2.2 Prioridade no julgamento

O §4<sup>46</sup> do artigo 7º da Lei do Mandado de Segurança estabelece a prioridade no julgamento do *mandamus*, no qual foi deferido pedido de liminar.

---

<sup>42</sup>Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

<sup>43</sup>Nesse sentido: Pedro Roberto Decomain; Hely Lopes Meirelles e Sergio Ferraz

<sup>44</sup>*MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO. CABIMENTO NO PROCESSO DO TRABALHO. SEGURANÇA DENEGADA. [...] a exigência (art. 273, "caput", CPC) do prévio requerimento da parte para a concessão da antecipação da tutela não pode ser importada de forma acrítica. [...] Tal interpretação, além de conflitar com os princípios do processo do trabalho, ignora a garantia constitucional ao acesso a um processo justo, célere e efetivo, especialmente na Justiça do Trabalho. Assim, [...], **pode, de ofício, antecipar os efeitos da tutela**, determinando o imediato pagamento das verbas rescisórias, que têm natureza alimentar. (Grifo nosso) (MS nº 02061-2009-000-15-00-6; TRT 15ª Região; Relator: Des. Samuel Hugo Lima. Data: 29/07/2010)*

<sup>45</sup>Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

<sup>46</sup>4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

O presente dispositivo, ao contrário do que parece estabelecer em um exame inicial, não tem a intenção de beneficiar o impetrante que demonstrou *in limine* a presença de seu direito líquido e certo. Até porque este não sofre prejuízos, posto que uma vez que concedida, a tutela permanece até a prolação da sentença, em regra.

A norma visa, na realidade, proteger os interesses do Estado, visto que é este que irá sofrer os efeitos da liminar concedida. Assim, busca-se dar celeridade ao procedimento do mandado de segurança para uma eventual reversão do quadro a que foi submetido o poder público, com o possível provimento em favor deste, minimizando ao máximo as consequências daquela tutela provisoriamente concedida.

Por fim, cabe ressaltar que a interpretação deste artigo não pode levar ao entendimento de que com o indeferimento da liminar o mandado de segurança não terá a prioridade de julgamento. Sabe-se que este *writ* já possui o caráter de prioridade em relação aos demais processos por expressa previsão do artigo 20<sup>47</sup> da nova lei, a norma tem a finalidade portanto de priorizar em relação aos outros processos de mandado de segurança, àqueles que foram deferidas medida liminar.

### 2.2.3 Necessidade de Comunicação da Liminar Concedida à Pessoa Jurídica da Autoridade Coatora

O artigo 9º do da Lei 12016/09 prescreve:

Art. 9º. As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificadorio, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

---

<sup>47</sup>Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*.

§ 1º Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator.

§ 2º O prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de 5 (cinco) dias.

O dispositivo atribui à autoridade administrativa coatora a necessidade de comunicar a representante judicial da pessoa jurídica a que está subordinado no prazo de 48 horas, para que adote as providências necessárias ante a concessão da liminar contra este ente público.

Como é a própria pessoa jurídica de direito público que irá suportar as consequências do deferimento da liminar, caberá a ele, por derradeiro, adotar as medidas cabíveis para diminuir os possíveis prejuízos com a medida, inclusive requerendo a suspensão da execução da liminar, conforme prevê o artigo 15<sup>48</sup> da nova lei. Por isto, esta incumbência a própria autoridade coatora, que é a pessoa mais capacitada para fornecer os subsídios suficientes para evidenciar a necessidade de suspensão. Trata-se, pois, de uma providência imperativa, que deve ser cumprida servidor responsável, sob pena de sofrer punição no âmbito administrativo.

No entanto, critica-se esta regra, pois ela traz uma duplicação desnecessária de atos, posto que a Lei do Mandado de Segurança já impõe ao juiz que ordene a cientificação do órgão da pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, logo após o despacho inicial<sup>49</sup>.

Por conta desse deslize do legislador, o procedimento tornou-se desnecessariamente repetitivo, no qual poderão ser expedidos até três notificações já durante a fase inicial do processo.

#### 2.2.4 Recurso contra a decisão que concede ou nega o pedido liminar

Conforme visto, a liminar é uma qualidade das tutelas de urgência, se consubstanciando quando a tutela pretendida é concedida *in limine*, sem necessariamente haver a oitiva da outra parte.

---

<sup>48</sup>Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

<sup>49</sup>Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

Esta decisão possui natureza eminentemente interlocutória, devendo ser combatida através de agravo de instrumento, conforme previsão expressa no §1º<sup>50</sup> do artigo 7º da nova lei.

Supera-se com a normatização do recurso contra essa decisão certa polêmica que havia antes da publicação da Lei nº 12.016/09, já que o antigo diploma era omissivo quanto a medida judicial cabível contra esse ato.

Deve-se destacar que a nova lei é expressa quanto a recorribilidade da decisão relativa à liminar em mandado de segurança, tanto no deferimento quanto na denegação. Isto é importante, porque na vigência da Lei nº 1.533/51, parte da doutrina e da jurisprudência rejeitava o cabimento do agravo de instrumento, sob o argumento de que na hipótese da liminar ser concedida, seria suficiente o pedido de suspensão formulado pela pessoa jurídica de direito público.

Se tornou pacífico também o entendimento que o relator do agravo poderá conceder a liminar ao impetrante, no qual foi denegado em 1º grau. Nesse viés, a lição de Hugo de Brito Machado Segundo, que afirma<sup>51</sup>: *“todas essas questões estão superadas, pois o CPC, em seu art. 527, III, prevê expressamente a possibilidade de o relator suspender os efeitos da decisão agravada, ou antecipar os efeitos da tutela recursal, concedendo a liminar requerida até que o órgão colegiado aprecie, definitivamente, o agravo.”*

Quanto à liminar ajuizada em processos de origem nos Tribunais, o recurso contra a decisão será o agravo regimental, por expressa previsão do artigo 16<sup>52</sup> da Lei 12.016/09. Assim, fica superada a súmula 622<sup>53</sup> do STF, que previa o agravo regimental para atacar a decisão referente a liminar. Este entendimento do STF já não mais se sustentava em face do atual regime recursal do Código de Processo Civil, que consagra a ampla recorribilidade das decisões interlocutórias.

---

<sup>50</sup>Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

§ 1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil

<sup>51</sup>MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito APUD MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. 2009. pág. 152

<sup>52</sup>Art. 16. Nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo, sendo assegurada a defesa oral na sessão do julgamento.

Parágrafo único. Da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre.

<sup>53</sup>Súmula 622: Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança.

### 2.2.5 Revogação, perempção e caducidade da Liminar

As liminares, em regra, conservam sua eficácia enquanto pendente o processo principal, mas podem ser revogadas a qualquer tempo, desde que o juiz verifique a desnecessidade da medida, ante a perda de um dos seus pressupostos, podendo ainda dispor como restabelecer os fatos já realizados, para que as partes retornem ao máximo possível ao *status quo ante*.

Como a liminar, conforme visto, é proferida com base em uma cognição sumária sobre a causa, é evidente que as informações prestadas pelo impetrado poderão conduzir o magistrado a um aprofundamento da matéria posta em juízo, podendo trazer uma nova percepção acerca da liquidez e da certeza do direito invocado, ou, ao menos, verificar que não há nenhum risco à demanda se houver a normal dilação processual.

Nesse sentido, o §3º do artigo 7º da Lei nº 12.016/09, dispõe que os “efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a sentença”. Nada impede que o magistrado a revogue quando denega a segurança em seu julgamento final, embora tenha entendido que presentes os pressupostos para conceder a liminar. Para tanto, sua decisão deve ser fundamentada para que fique claro a razão da sua mudança de posicionamento acerca do direito do autor, indicado os elementos fáticos ou jurídicos que o levaram a sua convicção. Logo, se negada razão ao autor da demanda, estará conseqüentemente revogada a liminar, visto que a sentença declaratória negativa não será compatível com a manutenção da medida liminar.

Interpreta-se o artigo também no sentido de que a sentença, seja favorável ou contrária ao impetrante, faz um papel de substituto da liminar já concedida, o que é relevante, posto que a apelação interposta contra esta sentença, caso receba o efeito suspensivo, gerará, ao menos a revogação da liminar, caso esta tenha sido deferida, visto que evidentemente estará prejudicado o requisito do bom direito. Mas devemos recordar que tanto a apelação cabível no *writ*, quanto a remessa necessária, não possuem efeito suspensivo nos processos de mandado de segurança, o que significa que em caso de deferimento da liminar e

posteriormente for mantida a concessão pela sentença, torna-se certa a persistência de seus efeitos enquanto a sentença estiver pendente de impugnação.

Com a revogação da liminar, os atos até então praticados são considerados não subsistentes, sua eficácia é *ex tunc*, pois sofrem inevitável reversão. Nesse sentido, a súmula 405 do STF, que estabelece: *Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.*

Já o artigo 8<sup>o</sup><sup>54</sup> da Lei nº 12.106/09 dispõe sobre a caducidade ou preempção da liminar como uma sanção por determinado comportamento processual, qual seja a não promoção, por mais de três dias úteis, dos atos e das diligências que cumpram ao impetrante, ou quando este cria obstáculos ao normal andamento do processo. A norma tem o claro intuito de evitar o abandono processual, recorrente quando o impetrante obtém liminarmente a tutela jurisdicional.

A hipótese de preempção da liminar também se dá nos termos do artigo 267, III<sup>55</sup> do CPC, na hipótese de abandono da causa por 30 dias, dependendo apenas da aferição da conduta prevista em lei para ser decretada de ofício pelo magistrado. Vale lembrar que também extingue-se o mandado de segurança, se o impetrante não promover a citação do litisconsorte passivo necessário, nos termos súmula 631<sup>56</sup> do STF.

As normas mencionadas objetivam, portanto, punir a má-fé processual do impetrante ou a sua desídia na realização das diligências que estejam ao seu encargo, pondo um fim na eficácia da liminar, além de acarretar a responsabilização do autor pelos prejuízos causados à pessoa jurídica de direito público.

---

<sup>54</sup> Art. 8º Será decretada a preempção ou caducidade da medida liminar **ex officio** ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.

<sup>55</sup> Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

<sup>56</sup> Súmula 631: Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário.

## 2.2.6 Da Responsabilidade decorrente da efetivação da liminar

É evidente que com o desenvolvimento do processo, caso não seja constatado que o requerente fazia jus àquela tutela de urgência, deverá ser responsabilizado pelos prejuízos causados a outra parte.

Logo, concedida a liminar para o autor, mas restando demonstrado nos autos que a autoridade pública não deveria suportar aquele prejuízo, cabe ao agente proceder o ressarcimento necessário, mesmo que tenha agido com licitude.

A liquidação da indenização deverá ser realizada nos mesmos autos pela aplicação analógica do artigo 811<sup>57</sup> do CPC, não sendo necessário um novo processamento para aferir a responsabilidade do causador do dano, pois esta é presumível, objetiva, mesmo quando a liminar é concedida de ofício pelo magistrado. Assim, informa Bruno Garcia Redondo<sup>58</sup>: *“Mesmo no caso em que a liminar é concedida de ofício pelo magistrado, cabe ao seu beneficiário a responsabilidade pelos eventuais prejuízos causados pela efetivação da tutela”*.

Outra hipótese acerca da responsabilidade relacionada a liminar, se configura quando do seu descumprimento.

A liminar, assim como a sentença de procedência do *mandamus*, deve ser cumprida nos exatos termos da decisão judicial, sob pena de constituir crime de desobediência, nos termos do artigo 26<sup>59</sup> da Lei do Mandado de Segurança.

---

<sup>57</sup>Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

<sup>58</sup>REDONDO, Bruno Garcia. DE OLIVEIRA, Guilherme Peres. CRAMER, Ronaldo. **Mandado de Segurança, Comentários à Lei 12016, de 7 de Agosto de 2009**. 2009. pág. 105.

<sup>59</sup>Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

Além de fazer referência ao crime de desobediência previsto no Código Penal, o artigo faz remissão as regras da Lei 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade.

Destarte, ante a gravidade da conduta da autoridade coatora, a norma possibilita que ele seja responsabilizado penalmente, sem prejuízo das penas de perda de cargo ou inabilitação para o serviço público, previstos na Lei dos Crimes de Responsabilidade.

Com esse regramento acerca da responsabilização ante a utilização das liminares, demonstra-se o avanço significativo na busca de uma maior efetividade para os provimentos judiciais, impondo que os destinatários das decisões proferidas em mandado de segurança que a cumpram nos moldes como foi determinado, sob pena de sofrer a sanção, podendo culminar inclusive em privação da liberdade do agente público.

Também resguarda o interesse público daqueles que agem de má-fé, causando danos desnecessário à Administração Pública, impondo a indenização cabível para restaurar os prejuízos causados.

#### 2.2.7 Pedido de suspensão da liminar

O pedido de suspensão constitui uma medida excepcional. Não se trata de recurso, mas é muito utilizado como essa finalidade, uma vez que impede o provimento de urgência.

A nova legislação prevê esta hipótese, dispondo o seguinte:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o **caput** deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

Sobre a suspensão da liminar, relevante ainda mencionar a súmula 626 do STF, que trata da vigência desta medida:

Súmula 626: A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.

De acordo com a regra em exame, é possível suspender a eficácia da medida liminar para se evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

Discute-se a constitucionalidade dessa possibilidade de suspensão, sob o argumento de que haveria ofensa a diversos princípios constitucionais, como o do juiz natural, da isonomia, do devido processo legal, do contraditório e o da ampla defesa. No entanto, o Superior Tribunal Federal já se posicionou acerca desse dilema, entendendo pela constitucionalidade da suspensão<sup>60</sup>.

A decisão acerca da suspensão da segurança é passível de impugnação mediante agravo interno, devendo observar o regramento do artigo 557 do Código de Processo Civil.

<sup>60</sup>EMENTA: I. Suspensão de segurança: compatibilidade com a Constituição. Verdadeiramente inconciliável com o Estado de Direito e a garantia constitucional da jurisdição seria o impedir a concessão ou permitir a cassação da segurança concedida, com base em motivos de conveniência política ou administrativa, ou seja, a superposição ao direito do cidadão das "razões de Estado"; não é o que sucede na suspensão de segurança, que susta apenas a execução provisória da decisão recorrível: assim como a liminar ou a execução provisória de decisão concessiva de mandado de segurança, quando recorrível, são modalidades criadas por lei de tutela cautelar do direito provável - mas ainda não definitivamente acertado - do impetrante, a suspensão dos seus efeitos, nas hipóteses excepcionais igualmente previstas em lei, é medida de contracautela com vistas a salvaguardar, contra o risco de grave lesão a interesses públicos privilegiados, o efeito útil do êxito provável do recurso da entidade estatal. II. Suspensão de segurança; deliberação cabível e necessária do mérito do processo principal: precedente (AgSS 846, Pertence, DF 8.11.96). Sendo medida de natureza cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante. III. Previdência social do Estado: contribuição do segurado: alíquota progressiva conforme a remuneração: arguição de inconstitucionalidade, que em ação direta, o STF reputou inconsistente: grave risco à viabilidade do sistema previdenciário local: suspensão de liminar deferida. (AgRg na SS nº 1149/PE; julgado em 03/04/1997; relator: Ministro Sepúlveda Pertence)

O §1º deste artigo abre mais uma hipótese para a pessoa jurídica de direito público requerer novamente a suspensão, desta vez com pedido junto ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal. Critica-se a medida, pelos efeitos deletérios que traz à tramitação do mandado de segurança, causando mais morosidade, para uma ação que pretende ser célere e eficaz.

Também é possível requerer a suspensão da segurança a estes órgãos superiores quando for negado o provimento do agravo de instrumento interposto contra a decisão que concedeu a liminar. Desse modo, tem-se uma repetição do pedido de suspensão já não concedido na instância inferior, o que denota um privilégio a Administração Pública, o que também conduz as críticas referidas.

O pedido de suspensão não exclui o cabimento do agravo de instrumento contra a decisão concessiva de liminar. Trata-se, na realidade, de procedimentos com finalidades diversas. A primeira possui nítida intenção de proteger a ordem pública contra a decisão que concedeu a liminar, já a segunda visa reformar a decisão proferida pelo magistrado, cumprindo a sua função de recurso.

O §4º apresenta dois requisitos para que o presidente do tribunal afaste a eficácia da decisão, suspendendo a liminar concedida. Para tanto, se utiliza dos conceitos “plausibilidade do direito invocado” e “urgência na concessão da medida”, que muito se aproxima ao *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* autorizadores do provimento cautelar.

O §5º positiva a possibilidade de suspensão de diversas liminares por força de uma única decisão. Medida esta que assegura a celeridade e a concentração dos atos processuais, o que reduz o risco de decisões conflitantes.

#### 2.2.8 Restrições à concessão da liminar

Desde a edição da revogada Lei nº 1.533/51, nota-se o surgimento de normas legais e de entendimentos jurisprudências que buscar restringir a eficácia das liminares mandado de segurança contra o Poder Público.

A própria Lei nº 12.016/09 estabelece limitações a essa concessão, embora elas já estivessem expressas em outras normas infraconstitucionais. A primeira se refere a compensação de créditos tributários, além desta, limita-se o *writ* para que se pleiteie a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação e a equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Sobre essas restrições, Hely Lopes Meirelles critica: “*Tais restrições nos afiguram inconstitucionais, por desiguarem os impetrantes no mandado de segurança, em detrimento do servidor público, quando a Constituição da República não faz essa distinção ao instituir o mandamus.*”

Além dessas restrições estabelecidas na própria lei do mandado de segurança, normas especiais também estabelecem obstáculos a concessão de liminar contra a fazenda pública. Cita-se a Lei 8.437/92, que impede a concessão de liminar em ações cautelares para os mesmos casos que não podem ser utilizados no mandado de segurança. Além desta, a Lei 9.494/97 estendeu essas restrições também à antecipação de tutela.

Cássio Scarpinella Bueno<sup>61</sup> também é contrário a excessiva limitação para a utilização de liminares:

As previsões são todas, sem exceção, flagrantemente inconstitucionais, destoando, por completo, da ordem constitucional e do modelo por ela criado para o mandado de segurança, individual e coletivo. Impensável que a grandeza constitucional do mandado de segurança e sua aptidão para assegurar a fruição integral e *in natura* de bem da vida (o que decorre imediatamente do art. 5º, XXXV e LXIX, da Constituição Federal) sejam obstaculizadas, frustradas ou, quando menos, minimizadas por qualquer disposição infraconstitucional.

Ainda que pese opiniões contrárias defendendo a legalidade dessas restrições, resguardando os interesses do Poder Público, não há como sustentar a constitucionalidade dessas limitações, principalmente com o advento da Constituição de 1988, que tornou garantia fundamental a inafastabilidade da jurisdição e nem mesmo estipulou a possibilidade do legislador infraconstitucional liminar as garantias previstas, como o mandado de segurança.

---

<sup>61</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2009. Pág. 45

Por fim, o inciso III permite ao magistrado exigir que o impetrante preste caução, fiança ou depósito para a concessão da tutela de urgência. Sobre esta restrição, nos deteremos a analisar de forma detalhada a seguir.

### **3 DA EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO EM LIMINARES DE MANDADO DE SEGURANÇA**

Desde da positivação do instituto do Mandado de Segurança com a Constituição de 1934 até o presente momento, perdura o fundamento principal desta ação, como àquela que tem a finalidade de proteger o direito líquido e certo de quem foi lesado ou está sofrendo ameaça de lesão por uma autoridade pública ou alguém investido de poder público.

Na atual carta constitucional, este *writ* é indicado como uma das garantias fundamentais, estando inclusive posicionado entre um dos incisos do artigo 5º, no rol dos direitos individuais e coletivos.

O objetivo desta ação mandamental é reduzir a diferença existente entre o Estado e os administrados, tornando-se uma alternativa rápida e eficaz na tutela dos interesses individuais e da coletividade.

Apesar disso, o que se tem notado, principalmente após a proliferação do uso do mandado de segurança, é a recorrente busca por descaracterizá-lo pelo legislador derivado, criando várias regras que obstaculizam sua aplicação.

Não apenas no mandado de segurança, mas também se tem evidenciado o surgimento de outras normas que tentam evitar ao máximo que a Administração Pública arque com prejuízos, muitas vezes em detrimento do particular.

Nessa toada, em 7 de agosto de 2009, foi promulgada a Lei nº 12.016, que disciplina especificamente o processamento do mandado de segurança individual e coletivo.

O projeto da nova lei foi de autoria do próprio Poder Executivo, tendo sido originada de uma portaria conjunta elaborada pela Advocacia Geral da União, que naquele período era comandada pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes.

A finalidade realmente era consolidar os avanços doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, contudo, o projeto já sofria à época de sua elaboração diversas críticas por seu caráter protetivo ao Poder Público. A Ordem dos Advogados do Brasil inclusive já se

pronunciava pelo veto de alguns dispositivos<sup>62</sup>, dentre os quais o do artigo 7º, III. Apesar de não ter obtido êxito com o veto, a OAB não ficou inerte e já ajuizou Ações Diretas de Inconstitucionalidades contra os artigos que entende que violam a Carta Superior.

Um dos artigos alvo da insurgência da OAB e de diversas críticas da doutrina, se refere ao objeto do presente trabalho: a exigência de caução para a concessão de liminar em mandado de segurança.

Esta exigência, embora seja uma inovação na ordem normativa, não é uma novidade na prática judiciária, que já condicionava o deferimento da liminar pelo pagamento de uma caução, principalmente nas causas tributárias.

Como demonstrado no capítulo precedente, a liminar em mandado de segurança deve ser concedida para resguardar o direito líquido e certo do impetrante, desde que observados os pressupostos para sua utilização, qual seja o fundamento relevante e quando o ato impugnado puder resultar ineficácia da medida.

A análise da presença desses pressupostos deve se feita com muito cuidado pelo julgador, pois caso não haja amparo para as alegações do autor, provavelmente o deferimento da liminar terá como consequência um ônus a ser suportado pelo Poder Público.

Daí se justificaria a necessidade de que o impetrante prestar uma garantia para ressarcir futuramente a Administração, caso não obtenha êxito na demanda.

A regra que fundamenta esses debates é a seguinte:

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

[...]

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

A norma relata ser uma faculdade do juiz a exigência de caução, fiança ou depósito. O que se tem entendido sobre esta faculdade é que ela passa a ser uma condição de viabilidade e prosseguimento do *writ*, caso o magistrado opte por utilizá-la.

---

<sup>62</sup>O texto do ofício com as razões do veto para a OAB está disponível em <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=17418>, acesso em 04/05/11

Inicialmente, relevante destacar que assim como a justificação, descrita no capítulo anterior, a caução é uma espécie de contracautela, cuja finalidade é prevenir o perigo em sentido adverso, projetando um futuro dano a ser suportado pela outra parte. Ela poderá ser real ou fidejussória, de acordo com o artigo 826<sup>63</sup> do Código de Processo Civil, o que infere que ela não necessariamente deve ser ofertada em valor pecuniário. Na hipótese, deve ser aplicado o artigo 827<sup>64</sup> do CPC, que admite inclusive a utilização de pedras e metais preciosos para compor a garantia.

A caução fidejussória nada mais é do que a própria fiança, enquanto o depósito pode ser considerado àquela caução ofertada em bens que possuem valor pecuniário, ou seja, a caução real. Daí se verifica a redundância cometida pelo legislador, que poderia ter feito referência apenas ao termo caução, já que fiança e depósito são modalidades destas, conforme se extrai da leitura desses dispositivos do diploma processual.

Entre os juristas, a discussão acerca da norma mencionada ainda não se encontra pacífica. Na jurisprudência, o STF ainda não se pronunciou sobre as inconstitucionalidades suscitadas. Diante deste conflituoso quadro, fundamental analisar cuidadosamente as razões defendidas por cada uma das vertentes, além do entendimento da jurisprudência sobre o assunto mesmo antes da positivação desta medida, para que ofereçamos, ao final, nosso posicionamento sobre este assunto.

### 3.1 Teses contrárias à exigência de caução em liminar de mandado de segurança.

Embora já fosse um tema discutido pela doutrina, somente no ano de 2009 houve o regramento da exigência de caução em liminar de mandado de segurança, o que revigorou bastante o debate objeto deste trabalho. No entanto, como é recente a Lei do Mandado de Segurança, existem ainda poucos apontamentos publicados específicos acerca do dispositivo legal.

A princípio, antes mesmo da promulgação da novo diploma, alguns juristas já se filiavam a tese da inconstitucionalidade das normas que restringem as liminares.

---

<sup>63</sup>Art. 826. A caução pode ser real ou fidejussória.

<sup>64</sup>Art. 827. Quando a lei não determinar a espécie de caução, esta poderá ser prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhor e fiança.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim<sup>65</sup>:

Por causa de indesejáveis abusos que houve, há hipóteses em que hoje, se proíbe a concessão de medida liminar. São estas proibições, a nosso ver, inconstitucionais, justamente pelo que afirmamos, com relação à importância da medida liminar e sua ligação com a natureza e finalidade do mandado de segurança”

Sérgio Ferraz também se posiciona contrário a qualquer lei que proíba, transitória ou definitivamente, a concessão da medida liminar.<sup>66</sup>

Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>67</sup> vislumbra inconstitucionalidade nessas vedações, expondo a real motivação para essa institucionalização:

(...) essas medidas legislativas, movidas pelo interesse do Executivo, visam engessar o exercício da jurisdição plena, efetiva e segura em total afronta ao art. 5º da CF, sem eco na boa doutrina e na firme jurisprudência, que não pode reverenciar o arbítrio e a tentativa de limitação ao Poder Judiciário, que é harmônico e independente dos demais poderes.

São diversos os argumentos utilizados pelos opositores deste regramento.

Um dos principais fundamentos da crítica é que a norma infraconstitucional não poderia possibilitar que um membro do poder judiciário inutilize uma das garantias constitucionais. Entendem que por ser o mandado de segurança uma ação prevista na Constituição e que tutela interesses do cidadão contra abusos cometidos pelas autoridades públicas, a exigência seria descabida. Assim, restaria desatendido o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, já que restringe a plena utilização do remédio constitucional, o que por consequência também contraria o princípio da supremacia da Constituição.

O princípio da máxima efetividade da constituição, também denominado princípio da interpretação efetiva, conduz à ideia de que as normas constitucionais devem ser interpretadas de forma que lhes confirmem a maior efetividade. A intenção é evitar que esses

<sup>65</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repertório da Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares**. 1995. pág. 24

<sup>66</sup>FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança (individual e Coletivo) Aspectos Polêmicos**. 1993. pág. 109

<sup>67</sup>MATTOS, Mauro Roberto Gomes Apud DAL COL, Helder Martinez. **Tutela cautelar, tutela antecipada e a proibição de concessão de liminares contra a Fazenda Pública**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/882>. Acesso em: 10 de maio 2011.

postulados sejam limitados pelo legislador infraconstitucional, tanto que o constituinte tornou cláusula pétrea os direitos e garantias fundamentais<sup>68</sup>.

Logo, somente se admite que se excepcione essa garantia, caso a exclusão ocorra nos parâmetros constitucionalmente eleitos, conseqüentemente normas infraconstitucionais não poderão validamente limitar o alcance desses direitos.

Já o princípio da supremacia da Constituição, em síntese, estabelece que as normas jurídicas e os atos judiciais não podem ser incompatíveis com a Lei Maior, que inclusive indica os instrumentos para viabilizar essa garantia, com as ações de controle de constitucionalidade.

Outro argumento que se utilizam os opositores é de que a norma fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV<sup>69</sup>, visto que o comando contido na lei impossibilitaria as pessoas sem condições econômicas para oferecer a caução de se utilizarem do *mandamus*, o que muito enfraqueceria o instituto do mandado de segurança como instrumento jurídico de proteção da liberdades públicas.

Como é sabido, a finalidade precípua do Poder Judiciário é exercer a atividade estatal de resolução dos conflitos sociais, como órgão imparcial e distinto dos litigantes, encontrando amparo das suas decisões na lei. Com a finalidade de dar cumprimento a esse objetivo, a Constituição Federal de 1988 consagrou no rol dos direitos fundamentais o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que preconiza que é assegurado a todos o acesso ao Judiciário, quando por alguma razão não consigam satisfazer espontaneamente a pretensão.

Com o tempo, evolui-se o entendimento sobre este princípio, concebendo-o também como o direito a uma efetiva e eficaz prestação da justiça. Esta nova visão amplia o

---

<sup>68</sup>Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>69</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

direcionamento deste princípio, antes destinado ao legislador, para abranger agora o próprio Poder Judiciário.

Assim, o Poder Judiciário assume o objetivo não apenas de propiciar a justiça, mas de fazê-la de forma tempestiva, evitando o perecimento daquele direito buscado pela parte.

Postas essas premissas, os críticos da Lei do Mandado de Segurança veem na exigência da caução para a concessão de liminar como uma forma de impedir os hipossuficientes de obter *in limine* os seus direitos. Por esta mesma razão, estaria violado o princípio da igualdade, que garante o parelhamento de armas para quem busca o provimento jurisdicional.

Bruno Garcia Redondo, Guilherme Peres de Oliveira e Ronaldo Cramer<sup>70</sup> compartilham desta opinião, trazendo a seguinte lição:

Nesse sentido, toda e qualquer limitação ao deferimento de medida liminar viola o modelo constitucional do mandado de segurança, já que se trata de medida consistente em garantia constitucional claramente vocacionada para a entrega do bem da vida *in natura*, que se torna gravemente ameaçada pela usual morosidade do processo se não houver mecanismo apto a adiantar essa tutela. Tanto é assim que o mandado de segurança sequer permite a recomposição pecuniária dos danos sofridos resultantes de ilegalidade ou abuso de poder. Da mesma forma, os antecedentes do mandado de segurança – tais como a ação de anulação dos atos administrativos e suas outras formas arcaicas – sempre previram a concessão de medida liminar em moldes semelhantes à que se tem nos dias atuais.

Por essa razão, qualquer restrição à concessão de medida liminar compromete a eficácia da proteção claramente desejada pela Constituição.

Nessa perspectiva, basta a existência da relevância do fundamento e do risco de prejuízo irreparável, para que o magistrado conceda a liminar em mandado de segurança.

Definidas as principais razões trazidas por quem é contrário a exigência, convém expor os argumentos favoráveis à faculdade de exigir caução.

### 3.2 Teses favoráveis à exigência de caução em liminar de Mandado de Segurança

---

<sup>70</sup>REDONDO, Bruno Garcia. DE OLIVEIRA, Guilherme Peres. CRAMER, Ronaldo. **Mandado de Segurança, Comentários à Lei 12016, de 7 de Agosto de 2009**. 2009. pág. 101-102.

Antes mesmo da inclusão da faculdade legal de se exigir caução, Hely Lopes Meirelles<sup>71</sup> já antevia a possibilidade de se incluir essa restrição em lei e, vislumbrando o debate que viria com essa normatização, não deixou de analisar a hipótese acerca da constitucionalidade da previsão:

O condicionamento da concessão da liminar o à prestação da garantia não nos parece inconstitucional, embora, no passado, tenha havido decisão dos Tribunais Superiores dispensando-a. Mas, é preciso que o juiz tenha um poder discricionário, ao fixar o montante e a forma da garantia, a fim de não inviabilizar a utilização do recurso.

Favorável a este regramento, outros autores consideravam que não existia qualquer contrariedade à Constituição com a exigência de caução para conceder as liminares, mas pleiteando sua utilização de forma ponderada.

Assim, Mantovani Colares<sup>72</sup> Cavalcante entendia adequado o condicionamento ao pagamento de uma contracautela, mas somente para casos determinados, observando o contexto fático, pois para este autor, não seria razoável que apenas com uma análise superficial de um direito invocado pelo impetrante, não se adote uma postura acauteladora em relação à Administração Pública.

Com a normatização desta providência, alguns doutrinadores firmaram essa posição, considerando adequado sua utilização, mas com o necessário equilíbrio. Assim, Hugo de Brito Machado<sup>73</sup> se posiciona:

Por isto mesmo não nos parece deva prevalecer, em termos absolutos, a tese pela qual, presentes os requisitos do art. 7º da Lei 1.533/51, a liminar deve ser concedida incondicionalmente. Não estamos a dizer que o Juiz, presentes aqueles requisitos, possa em todos os casos, exigir a caução. Não é isto. A caução só há de ser exigida quando o deferimento da liminar produza visível perigo de ineficácia da sentença denegatória. Essa ideia, que venho sustentando já em edições anteriores, deve ser orientadora da interpretação da parte final do inciso III, do art. 7º, da Lei nº 12.016/09, que faculta ao Juiz exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Os defensores da legalidade da exigência de caução argumentam que o ato encontra respaldo no poder geral de cautela que possuem os magistrados.

---

<sup>71</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 2008. pág. 85

<sup>72</sup>CAVALCANTE, Mantovani Colares. **Mandado de Segurança**. 2002. pág. 160

<sup>73</sup>MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. 2009. pág. 146

O artigo 798<sup>74</sup> do Código de Processo Civil autoriza o juiz adotar providências necessárias para evitar lesão a direito de uma das partes antes da decisão final. Logo, é conferido ao magistrado a prerrogativa de se utilizar de medidas cautelares, visando a própria eficácia de sua futura decisão.

Deve-se atentar, contudo, que esse poder não atribui ao juiz apenas a capacidade de determinar ou vedar a realização de atos em favor do direito do autor, pois o que se busca é dar eficácia ao processo, inclusive se a sentença for improcedente, daí também poder ser capaz de autorizar atos que evitem prejuízos irreversíveis à parte demandada, tutelando-se o *periculum in mora* inverso.

Com base nisto, o julgador, quando da apreciação do pedido liminar, deve verificar cuidadosamente se além da exigência dos pressupostos autorizadores, a concessão da liminar é capaz de causar risco de dano à Administração, caso existente, deverá observar comparativamente a intensidade deste risco com o que poderá sofrer o impetrante com a demora processual, para que, em um juízo de ponderação, opte ou não por esta exigência.

Assim, adota-se uma providência de caráter acautelatório, não se pronunciando sobre o mérito da causa, pois este não pode ser firmado em um juízo de probabilidade. Não existindo certeza sobre o direito do autor, também há de proteger o direito do ente estatal, ante o risco de se chegar a uma situação irreversível com a possível sentença de improcedência da segurança do impetrante.

Admitindo que a restrição à liminar pode ocorrer desta forma, Cássio Scarpinella Bueno<sup>75</sup> explicita:

A previsão legal, tal qual feita, não atrita com o “modelo constitucional do mandado de segurança”. Não há como interpretar a exigência de caução como *condição* para a concessão de liminar. O que o inciso III do art. 7º da Lei n. 112.016/2009 quer é que o magistrado, consoante as peculiaridades do caso concreto, *possa* impor a caução para assegurar eventual resultado infrutífero se, a final, o pedido do impetrante for rejeitado. É o que, para o “dever-poder geral de cautela”, que também tem, para nós, estatura constitucional – é importante destacar esta característica diante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal - , decorre do art. 805 do Código de Processo Civil.

---

<sup>74</sup>Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

<sup>75</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2009. pág. 42.

O doutrinador também reputa fundamental que a exigência de caução seja motivada para resguardar o ressarcimento ao poder público, não podendo ser feito desmotivadamente:

Fundamental destacar, contudo, que a previsão legal não autoriza que o magistrado, diante dos pressupostos exigidos pela lei – fundamento relevante e perigo de ineficácia da medida - , exija, sem qualquer motivação plausível e devidamente justificada à luz das vicissitudes do caso concreto, caução, fiança ou depósito para tutelar o chamado “*periculum in mora inverso*”. A nova disciplina legal, com efeito, não pode conduzir a uma terceira opção entre estarem ou não presentes aqueles pressupostos, como se a viabilidade de cauções, fianças, ou depósitos serem oferecidos fosse, por si só, elemento para a concessão da medida. Tal interpretação, além de agredir o “modelo constitucional do mandado de segurança”, prestigiaria os abastados em detrimento dos hipossuficientes em juízo, razão suficiente para descartá-la.

Seguindo esta corrente, Decomain<sup>76</sup> não vê inconstitucionalidade na previsão, sustentando ser necessário a ponderação no caso concreto para aferir se deve ou não exigir a caução. Ele também rebate as críticas de que a regra constituiria um óbice ao direito de acesso à justiça:

Também particularmente não se crê que a eventual exigência de garantia para concessão da providência antecipatória do mandado de segurança ofenda a Constituição por importar em obstáculo ao acesso à Justiça. Este acesso deve ser encarado como voltado à busca do provimento definitivo, sendo a providência cautelar, inclusive a antecipatória devida apenas quando haja risco de dano irreparável ou de difícil reparação, resultante da demora na tramitação do feito, aí incluído o risco de que o provimento final se venha a mostrar inócuo. O acesso à jurisdição fica franqueado, mas não compreende, sempre, constitucionalmente, acesso a providências antecipatórias.

Destarte, evidencia-se a necessidade de se manter o equilíbrio entre a proteção à entidade administrativa frente ao direito líquido e certo do impetrante, que poderá, dependendo do caso, sofrer um prejuízo proporcionalmente menor ao que vem a ser suportado pelo Poder Público, conseqüentemente de forma indireta a própria sociedade, caso concedida a liminar.

Outro ponto importante que serve de fundamento para os defensores desta tese, é que não se poderia concluir que a norma é inconstitucional apenas observando por um ângulo

---

<sup>76</sup>DECOMAIN, Pedro Roberto. **Mandado de Segurança (O tradicional, o novo e o polêmico na lei 12.016/09)**. 2009. pág. 286

hipotético de que o juiz sempre optará por usar a faculdade que lhe foi autorizada por lei. Desta forma, somente poderia subsistir as alegações de contrariedade aos dispositivos constitucionais de acordo com o caso concreto.

Como o legislador postulou que a exigência de caução é uma opção e não um requisito obrigatório, apenas no plano fático poderia se aferir alguma violação ao texto constitucional, não em razão do que está expresso na Lei nº 12.016/09, mas pela má utilização da regra pelo julgador.

Por esses motivos, entendem que não haveria violação aos preceitos constitucionais, estando a regra em perfeita sintonia com nosso ordenamento jurídico.

### 3.3 Posicionamento jurisprudencial acerca do tema

Como mencionado, era comum na práxis judiciária o condicionamento de caução para o deferimento da liminar em mandado de segurança, tanto que inspirou o legislador a positivizar este entendimento na Lei 12.016/09.

No âmbito dos Tribunais Superiores, entretanto, este procedimento não era tão consolidado. Na realidade, o Superior Tribunal de Justiça até pacificou o entendimento que não era exigível essa contracautela, como bem demonstra os seguintes acórdãos:

#### Ementa

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR CONCEDIDA - PRESSUPOSTOS PRESENTES - CONDICIONAMENTO - PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - TRIBUNAL RECORRIDO - "ERROR IN PROCEDENDO" - JULGAMENTO "EXTRA PETITA".

1. E DEFESO AO TRIBUNAL RECORRIDO PROFERIR DECISÃO FORA DO PEDIDO FORMULADO NA INICIAL DO "MANDAMUS".

**2. RECONHECIDOS OS PRESSUPOSTOS DO ART. 7., II DA LEI N. 1.5331/51, AFIGURA-SE PROCEDIMENTO INCOMPATÍVEL COM O PRÓPRIO INSTITUTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, A VINCULAÇÃO DA LIMINAR CONCEDIDA A PRESTAÇÃO DE CONTRACAUTELA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.**

3. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PARA CONCEDER A SEGURANÇA NOS TERMOS DO PEDIDO. DECISÃO UNÂNIME. (Grifo nosso)

(RMS 8652 SP – T1 Primeira Turma. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Julgamento em 30/11/1997. Publicação em no DJ em 16/02/1998)

Ementa

Processual Civil. Recurso Especial. Pressupostos de Admissibilidade. Incidência de Súmulas do STF e STJ. Mandado de Segurança. Exigência de Caução. Ilegalidade.

**1. Consoante entendimento jurisprudencial pacífico desta Corte, com o qual o acórdão recorrido se harmoniza, é inadmissível a exigência de depósito ou caução para o deferimento de liminar em mandado de segurança. Incidência da Súmula 83/STJ.**

2. Inviável o recurso especial pelo fundamento da letra "a", quando não prequestionados os dispositivos de leis federais indicados pelo recorrente. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF.

3. Recurso especial não conhecido. (Grifo nosso)

(RESP 272485 SP – T2 Segunda Turma. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Julgamento em 11/08/2003. Publicação no DJ em 22/09/2003)

No Supremo Tribunal Federal, a questão já foi discutida algumas vezes. Em um dos casos, precisamente na Medida Provisória nº 375, os Ministros do STF entenderam tal restrição como inconstitucional, consoante se depreende da leitura do acórdão infra:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEDIDAS CAUTELARES E LIMINARES: SUSPENSÃO. Medida Provisória nº 375, de 23.11.93. I - Suspensão dos efeitos e da eficácia da Medida Provisória nº 375, de 23.11.93, que, a pretexto de regular a concessão de medidas cautelares inominadas (CPC, art. 798) e de liminares em mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II) e em ações civis públicas (Lei 7.347/85, art. 12), acaba por vedar a concessão de tais medidas, além de obstruir o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo. II - Cautelar deferida, integralmente, pelo Relator. III - Cautelar deferida, em parte, pelo Plenário. (STF, ADI 975/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, J. Em 09.13.93)

Posteriormente, a discussão foi novamente trazida ao STF, agora com a Medida Provisória nº 1.576, no qual também houve decisão pela inconstitucionalidade da restrição, desta vez por uma votação apertada de 6 seis votos a favor contra cinco. Na ocasião, o Ministro Relator Maco Aurélio Mello foi voto vencido, entendendo que constitucional a medida, sob o fundamento de que o interesse público deveria prevalecer sobre o particular.

TUTELA ANTECIPADA - SERVIDORES - VENCIMENTOS E VANTAGENS - SUSPENSÃO DA MEDIDA - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Ao primeiro exame, inexistente relevância jurídica suficiente a respaldar concessão de liminar, afastando-se a eficácia do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.570/97, no que limita o cabimento da tutela antecipada, empresta duplo efeito ao recurso cabível e viabiliza a suspensão do ato que a tenha formalizado pelo Presidente do Tribunal a quem competir

o julgamento deste último. LIMINAR - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ANTECIPADA - CAUÇÃO - GARANTIA REAL OU FIDEJUSSÓRIA. Na dicção da ilustrada maioria, concorrem a relevância e o risco no que o artigo 2º da Medida Provisória nº 1.570/97 condicionou a concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, à caução, isso se do ato puder resultar dano a pessoa jurídica de direito público. SENTENÇA - EFICÁCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar no que, mediante o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.570/97, a eficácia erga omnes da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator. (ADIN nº 1.576/UF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, J. Em 16.04.1997)

A diferença, no entanto, entre o texto desta medida provisória com o da Lei nº 12.016/09, é que a Lei do Mandado de Segurança se refere a uma faculdade do magistrado exigir a caução, enquanto a medida provisória tornava isto uma obrigação para a concessão da liminar em mandado de segurança.

Portanto, se a medida provisória perdurasse, vincularia o magistrado a sempre exigir a garantia real ou fidejussória nessas situações, o que ocasionaria invariavelmente a violação de alguns dos princípios constitucionais, como o do acesso à justiça.

Convém lembrar que o Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucional outras normas que buscavam restringir as liminares em mandado de segurança. Uma delas foi o artigo 5º, § único da Lei 4.348/64, que impedia que liminar fosse concedida para reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens. Outro exemplo foi a Lei 1061/66 que vedava as liminares para o pagamento de vencimentos ou vantagens pecuniárias a servidores públicos. Ainda havia a Medida Provisória nº 170/90, que buscava impedir a liberação dos ativos bloqueados durante o Governo do Presidente Collor.

Deste modo, o que se pode concluir, ante os precedentes apresentados, que para os Tribunais Superiores, pelo menos durante a vigência da Lei nº 1.533/51, que era silente a respeito, a exigência de caução para o deferimento da liminar em mandado de segurança era inconstitucional.

Com o advento da Lei nº 12.016/09, a discussão voltou à tona, ensejando mais uma vez diversas interpretações acerca da norma que confere ao magistrado o poder de exigir ou não a garantia, conforme apontamos nas lições trazidas pelos juristas no item anterior.

Contrária a esta limitação, o Conselho Federal da OAB ajuizou no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4296, assinada pelo presidente deste órgão, Dr. Cezar Britto.

A OAB afirma que a norma suprime os princípios da máxima efetividade da norma constitucional, da supremacia da Constituição e que viola o princípio da inafastabilidade jurisdicional. Para a Ordem, a exigência financeira é incompatível com a garantia constitucional do *mandamus*, criando um verdadeiro “apartheid social” entre ricos e pobres. Desta maneira se referiu à medida na petição inicial da ADIN<sup>77</sup>:

Como dito, a redação atual do dispositivo impugnado induz que os juízes exijam a prestação de caução, o que, com todo respeito, implica em verdadeiro apartheid social, posto que só os afortunados é que terão acesso à jurisdição liminar e poderão conter “*in limine*”, atos abusivos ou ilegais.”

Logo, para a esta entidade, estaria sendo criado um sistema de segregação em que apenas quem possui capacidade econômica teria direito a tutela judicial liminar, o que constitui uma clara afronta a diversos princípios fundadores do nosso Direito, especialmente o da Igualdade.

Resta aguardar qual será a decisão do STF acerca desta ADIN, nada impedindo atualmente que o magistrado opte pela utilização da caução, atento somente para a finalidade que impõe o dispositivo, qual seja garantir o futuro ressarcimento à Administração Pública, sem esquecer também dos juízos de razoabilidade, proporcionalidade e eticidade que devem pautar os atos dos juízes, caso contrário a efetividade da ação de mandado de segurança ficará seguramente comprometida.

Ainda que venha a ser decidido pela constitucionalidade, há de se observar com um possível efeito nocivo decorrente desta decisão, pois existe a possibilidade dos magistrados equivocadamente estabelecerem essa exigência de forma desarrazoada, longe dos ditames que permeiam o poder geral de cautela que lhes foi atribuído. Nesta hipótese, não restará outra alternativa ao demandante, senão utilizar da via difusa do controle de constitucionalidade, para garantir o seu direito constitucional de acesso à justiça.

### 3.4 Análise Crítica

Como demonstrado no presente trabalho, o mandado de segurança é um remédio constitucional consolidado no nosso ordenamento jurídico desde da Carta Constitucional de

---

<sup>77</sup>ADIN 4296. pág. 30

1934, mantendo desde desse período sua essência como via legal de proteção da pessoa contra os atos ilegais e arbitrários do poder público, ou de quem lhe faça às vezes.

Do ponto de vista do prejudicado, esta ação se mostra, quando cabível, muitas vezes o meio mais eficaz para tutelar o seu direito. Isto se deve porque a ação é célere e menos onerosa que outros procedimentos judiciais, visto que já é necessário para o seu conhecimento que se apresente os documentos comprobatórios do direito líquido e certo, sem necessidade, portanto, de dilação probatória.

Objetivando manter o *mandamus* nos moldes como foi delineado, a Constituição Federal de 1988 inseriu em seu artigo 5º, inciso LXIX, o mandado de segurança entre as garantias fundamentais, promovendo-o à condição de cláusula pétrea. Por essa razão, a doutrina e a jurisprudência defendem a máxima efetividade da utilização deste *writ*.

Em razão dessas premissas, a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, sofreu e ainda sofre com diversas críticas, pois além de manter algumas restrições estabelecidas na lei precedente, ainda consolidou outros entendimentos jurisprudenciais, conferindo mais limitações à ação.

Os críticos alegam que a inconstitucionalidade da Nova Lei é patente, reconhecendo a violação a diversos princípios, entre eles o da supremacia da Constituição, da igualdade, da máxima efetividade das normas constitucionais e o do acesso à jurisdição.

No que tange à exigência de caução, fiança ou depósito para a concessão de liminar, vimos que os ataques se concentram na ofensa destes preceitos, tendo sido inclusive objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade postulada pela OAB.

Já que a liminar é um pedido quase que inerente quando do ajuizamento do mandado de segurança, o seu condicionamento ao pagamento de uma garantia faria com que esta via processual perdesse muito de sua efetividade, se afastando do seu propósito de eficácia e celeridade.

Com base nesses argumentos, a pretensão de ressarcimento, a princípio, aparenta ser de todo inadequada, ainda mais em razão dos meios processuais de que é dotado o Estado para exigir o cumprimento das obrigações ao cidadão, que em contrapartida lhe é imposto uma desarrazoada demora, quando cabe à Administração ressarcir-lo de eventuais abusos, que ainda nem sempre se consegue ter proveito.

Como é sabido, a Justiça no Brasil é cara, lenta e pouco acessível. Sabe-se também que na prática, alguns magistrados não são razoáveis na adoção de critérios para

exigir a caução, inclusive em situações que envolvem a saúde ou o risco de morte de algum parente do impetrante. Neste modelo de imposição da garantia até em casos desnecessários ou em que o risco ao impetrante é inegavelmente mais danoso que o da Administração Pública, a caução se afasta do seu propósito maior, que é evitar o *periculum in mora inverso*.

Apesar desse contexto em que muitas vezes está inserido a exigência da contracautela, entendemos que seria concebível e por vezes bem adequado o condicionamento à esta garantia, desde que adotadas as devidas ponderações para sua correta utilização.

Inicialmente registra-se que a norma traz a expressão “sendo facultado”, o que denota essencialmente que se trata de uma opção conferida ao juiz e não uma obrigação para todos os casos. Daí a conclusão de que não há inconstitucionalidade na previsão, pois efetivamente a norma não impõe nenhuma restrição ao preceitos constitucionais.

Vislumbramos, na hipótese, um poder-dever atribuído ao magistrado para que atue no caso concreto, garantindo o respeito ao direito fundamental de acesso à jurisdição amplo ao impetrante e também protegendo as instituições estatais, o patrimônio público e as finanças públicas, para que possam continuar com suas atividades essenciais.

Essa ideia coaduna com as premissas trazidas pelo poder geral de cautela conferido aos juízes e estabelecido no Código de Processo Civil, de modo a garantir que a decisão a ser prolatada pelo magistrado seja eficaz, permitindo que nenhuma das partes do processo sejam prejudicadas com uma tutela de urgência irreversível. O poder geral de cautela, vale lembrar, também tem status constitucional, se interpretado o que estabelece o artigo 805 do CPC como uma consequência do inciso XXXV, do artigo 5º da constituição, que prescreve que o Poder Judiciário não excluirá de apreciação lesão ou ameaça de lesão a direito, no caso, tanto do autor como da impetrada, que não deverá arcar com um prejuízo irreversível decorrente de uma decisão que pode ser provisória.

Se o risco ao demandante, caso não lhe seja concedida a liminar, poderá causar a ineficácia do provimento final para ele, também deve-se analisar na outra perspectiva que em razão do caráter de provisoriedade desta tutela de emergência, o risco que trará ao ente público, caso o mandado de segurança seja julgado improcedente.

Importante destacar que nesse juízo de exigência de caução, o julgador terá que observar todas as peculiaridades do caso: o risco a ser suportado pelo impetrante; suas condições para garantir esse risco; o grau de liquidez e certeza do seu direito; o dano que pode sofrer o ente administrativo ou terceiros com o deferimento da liminar; o tempo necessário

para que a tutela que busca obter o impetrante não perca o objeto. Enfim, deverá, com esses e outros critérios a serem observados no caso, tomar a decisão que entender mais adequada para que possa coincidir ao máximo os preceitos mencionados, devendo fazê-lo de forma fundamentada.

Quanto ao acesso à justiça, a obediência irrestrita deste princípio não pode servir de fundamento para que haja lesão ao patrimônio público e conseqüentemente à sociedade. Daí a relevância da motivação da decisão que impõe a caução, pois ela deverá demonstrar expressamente porque nesse conflito de princípios, se optou em privilegiar o público ao invés do particular. Caso a fundamentação seja vaga ou insuficiente, restará ao autor do mandado de segurança promover o controle de constitucionalidade difuso, por ofensa ao comando do artigo 5º, inciso XXXV. Portanto, o que se percebe é que a irregularidade não se encontra no texto da norma, mas no ato do juiz, de se furtar dos princípios que devem reger seus atos, e impor uma medida contrária ao que estabelece a lei e a Constituição.

Neste ponto, ficamos com a lição de Hely Lopes Meirelles<sup>78</sup>, para qual a liminar não deve ser demasiadamente despendida pelo Judiciário para não constituir um próprio entrave a atividade normal da Administração, também não deve ser negada, quando presentes seus pressupostos legais, para não se tornar inútil o procedimento final a favor do impetrante.

Observamos ainda aqui uma nova tendência do legislador em buscar adequar a lei às peculiaridades da realidade forense, sem, no entanto, se afastar dos ditames constitucionais, tanto que a atual Lei do Mandado de Segurança não conferiu que exigência de caução fosse uma obrigatoriedade, fato este que ensejaria realmente a violação aos princípios mencionados. Esta corrente se refere ao Princípio da Adequação Processual, que pode ser entendido sob duas formas. Na primeira, a prática judiciária serve como elemento informador para a produção legislativa do procedimento em abstrato. Na segunda, permite-se ao juiz, na análise da causa, adaptar o procedimento da melhor maneira à adequá-lo às peculiaridades do caso concreto. Nesse aspecto, a lição de Fredie Didier Jr.<sup>79</sup>:

[...] a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiosincrasias do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de se encarar este fenômeno.

<sup>78</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 2008. pág. 86.

<sup>79</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/286> . Acesso em 11 maio 2011.

Adotando esta lógica, Hugo de Brito Machado<sup>80</sup> exalta a necessidade de haver utilidade na atividade jurisdicional, pois nada valeria uma sentença bem fundamentada e de acordo com os ditames legais, se na prática é inútil em amparar o direito das partes no processo. Avançando, o doutrinador revela que um princípio fundamental deve estar presente na atividade dos operadores do direito, qual seja o princípio da relatividade dos preceitos jurídicos, que diz respeito à necessidade de amoldá-los aos casos concretos.

Portanto, o que podemos concluir em análise a parte final do inciso III do artigo 7º da Lei nº 12.016/09, que o legislador teve a preocupação em adequar a lei a um costume já muito frequente na prática judiciária, tornando cada vez mais próximo a realidade processual com o que é descrito na norma procedimental em abstrato.

Outra interpretação que se pode fazer em relação a norma, é que ela pode ser um benefício ao impetrante, quando o magistrado ainda não tem absoluta certeza acerca do direito do autor. Isso ocorreria naqueles momentos em que o julgador estiver na iminência de indeferir a liminar, quando presente a possibilidade de dano irreparável ao Estado. Deste modo, supre-se eventual prejuízo a ser suportado pelo impetrado, como também permite que seja evitado lesão ao direito do impetrante.

Ante ao exposto, chegamos a conclusão, que a previsão do dispositivo sob exame, tal como está posta, não confronta com o modelo constitucional do mandado de segurança, não havendo como interpretá-la como um condicionamento para as liminares. A celeuma se concentra precisamente na atividade de tutelar as medidas de urgência, pelo magistrado, o que lhe exigirá mais cuidado, sensibilidade e ponderação, relativizando até alguns princípios jurídicos, mas sem excluí-los, de modo que aplique o direito com correção e razoabilidade, buscando ao máximo evitar que a Administração seja prejudicada com um ato irreversível, nem afastando o direito do autor em ver seu pleito atendido de forma eficaz e rápida, evitando um possível perecimento.

---

<sup>80</sup>MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. 2009. pág. 147.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos no decorrer deste trabalho, o mandado de segurança é um ação de natureza mandamental disposta entre as garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, cuja finalidade principal é proteger a pessoa física ou jurídica de atos abusivos e ilegais cometidos por uma autoridade administrativa, ou por quem esteja investido de função pública.

A Lei nº 12.016/09, que atualmente regulamenta esse instituto, procurou consolidar os entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, além de atualizar o mandado de segurança à nova realidade constitucional, normatizando o procedimento do mandado de segurança coletivo.

Entre as inovações legais, destaca-se a possibilidade de o magistrado exigir que o impetrante preste caução para o deferimento de medida liminar neste processo, tendo por objetivo ressarcir eventuais danos a serem arcados pela pessoa jurídica de direito público, caso posteriormente a liminar não persista.

Vimos que o debate sobre esta restrição não era novidade no judiciário brasileiro, pois anteriormente a promulgação da Nova Lei, muitos magistrados já condicionavam a concessão da tutela de urgência a uma caução, apesar de tal limitação ser considerada inconstitucional pelos tribunais superiores.

Apesar de se tratar de uma lei recente, com poucos textos publicados especificamente sobre o assunto, trouxemos um levantamento bibliográfico sobre este tema, inclusive expondo as principais teses a favor e contra o dispositivo sob análise.

Expomos os argumentos contrários a medida, dentre os quais que a norma viola os princípios da máxima efetividade da Constituição e o da supremacia da Constituição, pois restringe a aplicação do *mandamus* em hipóteses não previstas na Lei Maior. Outro ponto que serve de fundamento para as críticas é que a limitação afronta diretamente o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois, por ser a liminar um provimento judicial, atendidos os seus pressupostos, não poderia haver nenhuma outra limitação para o seu deferimento. Consequentemente, por a exigência se referir a uma caução, restaria também afastado o princípio da igualdade, pois os hipossuficientes não poderiam se utilizar da tutela *in limine*.

Já favoravelmente à exigência de caução, demonstramos que essa providência teria justificativa no poder geral de cautela que é atribuído aos juízes, de modo que se possa garantir a eficácia do processo, adotando as medidas acautelatórias, dentre elas exigir uma contracautela para a concessão da liminar para resguardar o *periculum in mora* inverso. Discordando que a norma viola os princípios mencionados no parágrafo anterior, erige-se o poder geral de cautela ao status constitucional, como decorrente também da inafastabilidade da jurisdição, de forma que não se deve privilegiar o particular irrestritamente sem observar as consequências danosas que podem advir ao ente público com a concessão da medida liminar. Nesta perspectiva, ressalta-se a importância da atuação do juiz no caso concreto, no qual deverá ser orientado pela ponderação e equilíbrio, analisando os interesses envolvidos para que em um juízo de proporcionalidade, razoabilidade e inclusive sensibilidade adote ou não pela exigência da caução.

Por fim, nos posicionamos acerca desta problemática, no qual nos filiamos a última corrente, ou seja, pela constitucionalidade do artigo 7º, III, da Lei 12.016/09. Cabe ressaltar que a norma evidencia uma nova tendência legislativa, em adequar a lei a prática processual, na medida em que proporciona ao magistrado se utilizar da contracautela na medida em que for necessária, de acordo com o caso apresentado.

Entendemos que a norma está em sintonia com o poder geral de cautela, pois o que se busca com esse dispositivo é legalizar a possibilidade do juiz atuar adotando os procedimentos necessários a manter a eficácia do processo, assegurando que o ente público não sofra danos com uma tutela provisória. Atente-se ao fato que a norma se refere a uma faculdade e não a uma obrigação, portanto não há uma ofensa a preceitos jurídicos, posto que não descreve um novo pressuposto para a utilização do *writ*, apenas uma determinação para que o magistrado resguarde também a outra parte do processo, devendo fazê-lo com o devido equilíbrio, sob pena de causar um injustificado prejuízo ao impetrante.

A nosso ver, portanto, a previsão do artigo em comento não padece de inconstitucionalidade, mas desejamos que os aplicadores do direito se utilizem desta faculdade com a necessária razoabilidade, de modo que não inviabilize o acesso do judiciário a qualquer pessoa, contribuindo para o fortalecimento deste instrumento de que é dotado o particular, para a proteção de seu direito contra atos ilegais e abusivos perpetrados por agentes públicos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Editora Forense. 1984;

BEZERRA, Adriano Custódio. **Inconstitucionalidades da Nova Lei do Mandado de Segurança**. Disponível em: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100810120446215](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100810120446215). Acesso em: 25/05/2011;

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Editora Malheiros. 2009;

BUENO, Cássio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Editora Saraiva. 2009;

CARPENA, Márcio Louzada. **Aspectos fundamentais das medidas liminares no processo cautelar**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/865>. Acesso em: 25/05/2011;

CARVALHO NETO, Miguel Nolasco de. **Breves considerações sobre a natureza da medida liminar no mandado de segurança em matéria tributária**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10634>>. Acesso em: 25/05/2011;

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de Segurança**. Editora Dialética. 2002;

CIRNE, Mariana Barbosa. **A nova lei do mandado de segurança e a caução. Limitação constitucional?**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13867>. Acesso em: 25/05/2011;

DAL COL, Helder Martinez. **Tutela cautelar, tutela antecipada e a proibição de concessão de liminares contra a Fazenda Pública**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/882>. Acesso em: 25/05/2011;

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Mandado de Segurança ( O tradicional, o novo e o polêmico na lei 12.016/09)**. São Paulo: Editora Dialética. 2009;

DIDIER JÚNIOR, Fredie. (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Editora Jus Podivm. 2009;

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica. Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2917>. Acesso em: 25/05/2011;

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2986>. Acesso em: 25/05/2011;

DUARTE, Adão de Assunção. **Breves Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/32831/1/Breves-comentarios-a-nova-Lei-do-Mandado-de-Seguranca/pagina1.html>. Acesso em: 25/05/2011;

FERNANDEZ, Alex Aparecido Ramos. **Mandado de Segurança Liminar em Mandado de Segurança Natureza e Procedimento Suspensão de Segurança**. Disponível em: <http://www.advocaciaramosfernandez.com.br/Anexos/artigo%20-%20mandado%20de%20segurana.pdf>. Acesso em: 25/05/2011;

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança (Individual e Coletivo) Aspectos Polêmicos**. São Paulo: Editora Malheiros. 1993;

FRIEDE, Roy Reis. **Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular**. Editora Forense Universitária. São Paulo. 1993;

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DA SILVA, Márcio Henrique Mendes e FERREIRA Olavo A. Vianna Alves. **Comentários À Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Editora Método. 2009;

LIMA, Márcio Kammer de. **A exigência de caução na tutela liminar no regime da nova Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09). Avanço, não retrocesso!.** Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13498>. Acesso em: 25/05/2011;

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Dialética. 2009;

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. São Paulo: Editora Atlas. 2009;

MADEIRA, Danilo Cruz. **Da ausência do direito líquido e certo no mandado de segurança individual: conseqüências processuais**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17973>. Acesso em: 25/05/2011;

MEDINA, José Garcia e ARAÚJO, Fábio Caldas. **Comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009;

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo e MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. São Paulo: Editora Malheiros. 2008;

MORAES, Alexandre de; **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas. 2007;

PASSOS, Ana Beatriz da Motta. **O Novo Regramento do Mandado de Segurança**. Disponível em: <http://prestjur.com.br/node/2699>. Acesso em: 25/05/2011;

REDONDO, Bruno Garcia; DE OLIVEIRA, Peres Garcia e CRAMER, Ronaldo. **Mandado de Segurança, Comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009;

RIBEIRO, Kepler Gomes. **Direito líquido e certo no mandado de segurança. Natureza jurídica e efeitos da sentença que reconhece sua inexistência**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3318>. Acesso em: 25/05/2011;

TAVARES, André Ramos. **Manual do Mandado de Segurança**. São Paulo: Editora Método. 2008;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: Editora LEUD. 2009;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Repertório da Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1995;

TISSI, Janaína de Fátima Rodrigues; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **As Possíveis Inconstitucionalidades na Nova Lei do Mandado de Segurança.** Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-NIC/Janaina-de-Fatima-Rodrigues-Tissi.pdf>. Acesso em: 25/05/2011.