

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

NATÁLIA CARDOSO CESÁRIO

**MANDADO DE SEGURANÇA E O PRINCÍPIO DO ACESSO À
JUSTIÇA: UM ESTUDO SOBRE A CONCESSÃO DE LIMINARES A
PARTIR DA LEI N. 12.016/2009**

CRICIÚMA/SC, DEZEMBRO DE 2010

NATÁLIA CARDOSO CESÁRIO

**MANDADO DE SEGURANÇA E O PRINCÍPIO DO ACESSO À
JUSTIÇA: UM ESTUDO SOBRE A CONCESSÃO DE LIMINARES A
PARTIR DA LEI N. 12.016/2009**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof^ª. Maéve Rocha Diehl

CRICIÚMA/SC, DEZEMBRO DE 2010

NATÁLIA CARDOSO CESÁRIO

**MANDADO DE SEGURANÇA E O PRINCÍPIO DO ACESSO À
JUSTIÇA: UM ESTUDO SOBRE A CONCESSÃO DE LIMINARES A
PARTIR DA LEI N. 12.016/2009**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Processual Constitucional

Criciúma/SC, 02 de Dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Msc. Maéve Rocha Diehl - Orientadora

Prof^a. Msc. Geralda Magella de Faria – 1^a Examinadora

Prof^a. Msc. Fátima Terezinha Silva Santos – 2^a Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a toda minha família, em especial aos meus pais, José Carlos Cesário e Joana Aparecida Cardoso Cesário, por todo apoio e confiança, e por acreditarem em mim, sempre.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por estar sempre presente em minha vida, e por ter me dado forças para que eu não desistisse em nenhum momento durante esta caminhada e dado a mim uma família maravilhosa desde o nascimento até o presente momento, e a oportunidade de eu ingressar no curso de Direito no qual irei me formar.

Aos meus pais José e Joana, que são duas pessoas muito batalhadoras e persistentes, sempre acreditaram no meu potencial e que jamais mediram esforços para que eu pudesse concluir essa etapa da minha vida, e ainda por terem me passado o quanto vale ser uma profissional com valores e princípios, me mostrando e provando que devemos sim acreditar em nossos sonhos e lutar com todas as forças, para que possamos sempre chegar a nossos objetivos com dignidade, humildade e respeito com as pessoas que caminham ao nosso lado.

Aos meus irmãos Tiago e Davi que, mesmo mais novos, sempre souberam me apoiar e incentivar durante todos esses anos.

Aos meus tios Antônio e Isa Maria, por serem os responsáveis pelos primeiros passos no meu interesse na carreira jurídica e por me apoiarem e incentivarem sempre.

Aos meus amigos Paula e Álvaro que, mesmo distantes e, mesmo nossas vidas universitárias terem tomado rumos diferentes, sempre estiveram ao meu lado, sendo que por eles tenho enorme carinho, consideração e apreço, aos quais serei eternamente grata.

À minha amiga Laís e toda sua família, por serem pessoas extremamente especiais e que me apoiaram sempre, aos quais serei eternamente grata.

Aos meus colegas de trabalho Tânia, Rafael, Cleber e Rivaiu, por me apoiarem e suportarem durante este período de vida acadêmica e, principalmente, agora na reta final.

À minha orientadora, professora Maéve Rocha Diehl, por ter acreditado em mim, para que pudéssemos concluir este trabalho, respeitando sempre minhas limitações, e por ser um exemplo de pessoa, amiga e, principalmente, professora.

Aos meus professores, por todo conhecimento transmitido durante o curso. Aos meus colegas de curso pela fascinante troca de experiências durante todo o período que convivemos juntos.

A todos que de forma direta ou indireta contribuíram para conclusão deste trabalho.

**“A justiça tardia equivale a uma
denegação da justiça”.**

José Joaquim Gomes Canotilho

RESUMO

O mandado de segurança trata-se de uma ação de cunho constitucional inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 16 de julho de 1934, objetivando a proteção aos direitos humanos contra as arbitrariedades e abusos do Poder Público. Após o surgimento do instituto do mandado de segurança na Constituição de 1934, editou-se a Lei nº 191, de 15 de Janeiro de 1936, a fim de ser especificado e limitado o seu cabimento e, em seguida, pela Lei Federal nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951, quando o referido instituto sofreu novas alterações. Durante esses últimos anos, houve a necessidade de consolidar entendimentos da doutrina e jurisprudência no que tange ao mandado de segurança, tendo em vista sua inserção na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, que deu novo delineamento ao remédio constitucional, os quais não foram contemplados na legislação infraconstitucional. O presente estudo pretende analisar o instituto do mandado de segurança no que tange ao seu desdobramento histórico e jurídico e realizar uma abordagem mais específica discorrendo sobre os princípios constitucionais, especialmente acerca do Princípio do Acesso à Justiça, aplicado este às recentes restrições no âmbito da concessão de liminares no mandado de segurança. Por meio da análise da aplicabilidade do citado princípio processual constitucional, pretende-se chegar a uma conclusão sobre a possibilidade da exigência de prestação de fiança, caução ou depósito para a concessão de liminares a partir da Lei nº 12.016/09. Verifica-se, assim, que o mandado de segurança constitui, atualmente, uma das principais garantias que se pode valer o indivíduo perante os desmandos do Poder Público. É, indubitavelmente, uma enorme conquista do ordenamento jurídico pátrio e, sendo assim, merece especial atenção no presente estudo.

Palavras-chave: Supremacia da Constituição. Princípios. Acesso à Justiça. Mandado de Segurança.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA	10
2.1 A Supremacia da Constituição Federal.....	10
2.2 Regras e Princípios.....	13
2.3 Os Princípios Processuais Constitucionais.....	16
2.4 O Princípio do Acesso à Justiça	17
2.4.1 Definição.....	18
2.4.2 Previsão Constitucional	19
2.4.3 Óbices ao Acesso à Justiça.....	20
3 O MANDADO DE SEGURANÇA	23
3.1 Origens e Evolução Histórica e Jurídica	23
3.1.1 Origens	23
3.1.2 Evolução Histórica e Jurídica.....	24
3.2 Conceito.....	30
3.3 O Pressuposto do “Direito Líquido e Certo”	32
3.4 Objeto	33
3.5 Das Partes	36
3.5.1 Legitimidade Ativa (Impetrante)	36
3.5.2 Legitimidade Passiva (Impetrado).....	37
3.5.3 Ministério Público.....	40
4 A CONCESSÃO DE LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA E O ACESSO À JUSTIÇA	44
4.1 Tutelas de Urgência.....	44
4.2 Tutela Antecipatória e Tutela Cautelar.....	46
4.3 A Concessão de Liminares em Processo Civil	52
4.4 A Concessão de Liminares em Mandado de Segurança e o Acesso à Justiça ..	54
5 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Este trabalho terá como escopo analisar a possibilidade da exigência de prestação de caução, fiança ou depósito para a concessão de liminares em mandado de segurança a partir da Lei nº 12.016/2009 e, de que forma esta limitação pode prejudicar (ou não) o acesso à justiça do jurisdicionado.

Examinar-se-á, para tanto, o artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, o qual se refere à faculdade do magistrado exigir a prestação de contracautela a fim de ressarcir à pessoa jurídica diante da concessão de liminar.

Desta forma, será analisada esta faculdade de se exigir a prestação de garantia para a concessão de liminares em mandado de segurança relacionada ao princípio do acesso à justiça.

Almeja-se responder algumas perguntas: o artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009 fere o princípio do acesso à justiça? Ou se está apenas exigindo do magistrado uma maior cautela em sede de liminares?

Primeiramente, será apresentada a justificação da supremacia da Constituição Federal, após serão abordados os conceitos de regras e princípios e porque ambos devem coexistir em um sistema jurídico.

Também serão apresentados os princípios processuais constitucionais, sendo que será dada maior ênfase ao princípio do acesso à justiça tendo em vista o tema do presente estudo.

Realizar-se-á, ainda, um estudo histórico e jurídico sobre o instituto do mandado de segurança, sua origem, evolução, bem como uma análise de acordo com a Lei nº 12.016/2009 e, ainda, polêmica da concessão de liminares a partir desta lei.

Para tanto, organizou-se o presente trabalho em três capítulos: o primeiro trata sobre a supremacia da constituição federal e o princípio do acesso à justiça, o segundo sobre o mandado de segurança, sua evolução histórica e jurídica, bem como suas principais características e, por último, a concessão de liminares a partir da Lei nº 12.016/2009 e a colisão do princípio do acesso à justiça.

2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

2.1 A Supremacia da Constituição Federal

Antes de adentrar no estudo sobre os princípios que regem nosso ordenamento jurídico, é interessante e imprescindível discorrer acerca da Constituição, analisando seu conceito, objeto, eficácia e, desta forma, compreender a sua supremacia sobre as demais normas do ordenamento jurídico.

Leciona Canotilho (1999, p. 1073-1074), a respeito do conceito de constituição, apontando algumas de suas características e o que a distingue das demais normas:

A constituição como norma designa o conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) geralmente plasmadas num documento escrito ("constituição escrita", "constituição formal") e que apresentam relativamente às outras normas do ordenamento jurídico *carácter fundacional e primazia normativa*. [...] A constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autónomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica.

Assevera Da Silva (2008, p. 37-38), acerca do conceito de constituição:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Entende Da Silva (2008, p. 43) ser o objeto das constituições, cujo rol foi se ampliando ao longo da história, o estabelecimento da estrutura estatal, da organização dos seus mais diversos órgãos, da forma de aquisição de poder e a maneira de exercê-lo, dos limites de atuação desse poder, das garantias individuais

e coletivas, da fixação do regime político, da disciplina dos fins sociais e econômicos e dos fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Indo mais além e, evidenciando o caráter supremo da Constituição, leciona Canotilho (1999, p. 1075) que:

O carácter das normas constitucionais como *normas de normas* ou **fonte primária da produção jurídica** implica a existência de um procedimento de criação de normas jurídicas no qual as normas superiores constituem as *determinantes positivas e negativas* das normas inferiores. No quadro deste processo de criação, concebido verticalmente como um “processo gradual”, as normas superiores constituem fundamento de validade das normas inferiores e determinam, até certo ponto, o conteúdo material destas últimas. Daí a existência de uma *hierarquia das fontes de direito*, isto em uma relação hierárquica, verticalmente ordenada, à semelhança de uma “pirâmide jurídica”.

No que tange a eficácia da norma constitucional, entende Hesse (1991, p. 15) que não se deve confundir a sua eficiência com as condições de sua realização, pois a Constituição não pode ser interpretada exclusivamente na expressão do ser, mas também do dever ser. Nas palavras do referido autor: “[...] ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”.

Assevera Da Silva (2008, p. 45) acerca da rigidez constitucional e sua influência na supremacia da constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico:

Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Acerca da força e supremacia normativa da constituição aduz Canotilho (1999, p. 826):

Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se à constituição como *lex superior*, quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma*

normarum) quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (*superlegalidade material*) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais. A idéia de *superlegalidade formal* (a constituição como norma primária da produção jurídica) justifica a tendencial *rigidez* das leis fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, ‘agravadas’ ou ‘reforçadas’ relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da *conformidade* substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição.

Destarte, informa Da Silva (2008, p. 46) que nossa Constituição é rígida e, por conseqüência, é a lei fundamental e suprema de forma que toda autoridade só nela encontra respaldo e só nela confere poderes e competências governamentais, sendo que nem o governo federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental e exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. E, também, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas caso se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Acerca da rigidez constitucional, aduz Canotilho (1999, p. 989) que:

[...] não é a existência de um processo de revisão estabelecido de exigências específicas para a modificação da Constituição que caracteriza a rigidez da Constituição. Este carácter deve procurar-se antes, em sede do *poder constituinte*. As normas de revisão não são o *fundamento* da rigidez da Constituição mas os meios de revelação da escolha feita pelo poder constituinte (cfr. *supra*). Esta escolha de um processo agravado de revisão, impedindo a livre modificação da lei fundamental pelo legislador ordinário (constituição flexível), considera-se uma **garantia da Constituição**. O processo agravado da revisão é, por sua vez, um instrumento dessa garantia – a rigidez constitucional é um *limite absoluto* ao poder de revisão é, por sua vez, um instrumento dessa garantia – a rigidez constitucional é um *limite absoluto* ao poder de revisão, assegurando, desta forma, a relativa estabilidade da Constituição.

E, mais profundamente, Canotilho (1999, p. 1056) ensina o que se deve entender por uma verdadeira Constituição:

Para se tratar de uma verdadeira constituição não basta um documento. É necessário que o conteúdo desse documento obedeça aos princípios fundamentais progressivamente revelados pelo constitucionalismo. Por isso, a constituição *deve* ter um *conteúdo específico*: (1) *deve* formar um corpo de regras jurídicas vinculativas do “corpo político” e estabelecedoras de limites jurídicos ao poder, mesmo ao poder soberano (antidespotismo, antiabsolutismo); (2) esse *corpo de regras* vinculativas do *corpo político*

deve ser informado por princípios materiais fundamentais, como o princípio da separação de poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, a garantia de direitos e liberdades, a exigência de um governo representativo, o controle político e/ou judicial do poder. Como se vê, a constituição normativa não é um mero conceito de ser; é um conceito de *dever ser*. Pressupõe uma idéia de relação entre um *texto* e um *conteúdo normativo específico*. O texto vale como lei escrita superior porque consagra princípios considerados (em termos jusnaturalistas, em termos racionalistas, em termos fenomenológicos) fundamentais numa ordem jurídico-político materialmente legitimada.

Com todo o exposto acerca da supremacia da Constituição Federal sobre as demais normas do ordenamento jurídico, infere-se que estas somente serão válidas se estiverem em consonância com aquela.

2.2 Regras e Princípios

Ao iniciar o estudo sobre os Princípios Constitucionais é de extrema importância compreender o conceito de princípio na área do Direito, tendo em vista que ele é utilizado, indistintamente, em outros campos do saber humano, tais como filosofia, sociologia, política, física e nos mais diversos campos que se servem do referido termo para estruturarem um sistema ou conjunto articulado de conhecimentos a respeito dos objetos que investigam e especulam. (ESPÍNDOLA, 2002, p. 52).

Com propriedade, analisando o conceito do termo princípio, Espíndola (2002, p. 55) assevera que:

[...] a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Na sábia concepção de Mello (*apud* ESPÍNDOLA, 2002, p. 116-117). , observa-se a ênfase a que o mesmo atribui ao conceito de princípio:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica

e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes de todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Prosseguindo na definição de princípios, aduz Canotilho (1999, p. 1177):

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de 'tudo ou nada'; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', fáctica ou jurídica.

Diferencia, ainda, Canotilho (1999, p. 1177), as regras dos princípios, entendendo as primeiras como: “[...] normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proibem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo)”.

Sugere Canotilho que, para a distinção de regras e princípios há de se considerá-los como duas normas e, que para diferenciá-los, devem ser observados os seguintes critérios:

- a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação directa.
- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) *Proximidade da idéia de direito*: os *princípios* são 'standarts' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworking) ou na 'idéia de direito' (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante. (CANOTILHO, 1999, p. 1086-1087).

Para Canotilho (*apud* ESPÍNDOLA, 2002, p. 184), ultrapassando as definições mencionadas, não há necessidade de os princípios estarem expressos no texto constitucional para erigirem sua força normativa, conforme afirma: “[...] não significa que eles só aí venham consagrados, devendo procurar-se no conjunto global normativo da Constituição as revelações e manifestações concretas desses mesmos princípios”.

Seguindo o entendimento de Espíndola (2002, p. 185) acerca dos princípios:

[...] esta é uma tendência predominante no Direito Constitucional brasileiro, e, ao que parece, no Direito Constitucional contemporâneo também: falar de princípios em termos estruturantes – dos princípios mais abertos aos mais densos, chegando-se ao patamar normativo das regras, reconduzindo-se, em via de retorno destas, progressivas e sucessivamente, até os princípios mais abstratos (de maior abertura e de menor densidade). Essa concepção reforça, como se pode deduzir, a idéia de normatividade dos princípios constitucionais, ao emprestar-lhe um sentido articulado-estruturante e uma dimensão praxiológico-concretizadora, já que torna mais plausível a compreensão, a interpretação e a aplicação dos princípios de maior abertura pelos princípios de maior densidade e pelas regras constitucionais. Essa concepção dogmática constitucional fundamenta-se sobre um postulado caro ao Direito da Constituição contemporâneo: a Constituição como estrutura sistêmica aberta, composta por princípios e regras.

Para se frisar ao máximo o referido tema, expõe-se o que leciona Canotilho (1999, p. 1087):

Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida [...]; a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos. [...] em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas definitivas’, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questão de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).

Acerca da importância dos princípios em nosso ordenamento jurídico, assevera Bonavides (2006, p. 294):

Fazem eles [os princípios constitucionais] a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de Norma das normas, de Fonte das fontes. São qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.

Consoante Canotilho (1999, p. 1088), a Constituição deve ser um “sistema aberto de regras e princípios”, no sentido de que regras e princípios devem coexistir no sistema jurídico, tendo em vista que, caso fosse um modelo constituído exclusivamente por regras haveria uma grande segurança jurídica, mas não haveria a possibilidade de se construir uma complementação e desenvolvimento do sistema, caracterizando um sistema jurídico de limitada racionalidade prática; de outro lado, caso fosse um modelo constituído exclusivamente por princípios haveria uma grande insegurança jurídica, pois apenas eles não reduziriam os problemas e inseguranças do sistema.

Destarte, verifica-se que um verdadeiro sistema jurídico deve ser composto por regras e princípios, de forma que estes últimos guiam, orientam e inspiram as demais normas do ordenamento jurídico.

2.3 Os Princípios Processuais Constitucionais

Abordados o conceito e importância dos princípios, deve-se seguir o entendimento de Dantas, segundo o qual os princípios processuais constitucionais não serão compreendidos isoladamente, mas sim nas suas inter-relações e que, diante da supremacia da Constituição, todos os princípios constitucionais devem ser aplicados em todos os momentos processuais e procedimentais, sejam administrativos, eleitorais, civis, penais ou trabalhistas. (DANTAS, 2008, 341-342).

O princípio processual constitucional do Devido Processo Legal, entendido por Nery Júnior (2009, p. 77) “[...] como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam [...]” e, ainda, pelo mesmo autor, como “[...] o

gênero do qual todos os demais princípio e regras constitucionais são espécies”, encontra-se previsto na Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL, 2010-A).

Cabe ressaltar que o primeiro documento constitucional brasileiro a mencioná-lo foi a Constituição de 1988, como transcrito acima. (CUNHA, 2006, p. 244).

O referido princípio objetiva amparar o indivíduo material e formalmente, ou seja, no primeiro aspecto em assegurar seu direito de liberdade e disponibilidade de seus bens e, no segundo, de garantir proteção enquanto estiver sendo processado. (MORAES, 2006, p. 93).

Ainda, constata-se nas palavras de Cunha (2006, p. 244) que a garantia do Devido Processo Legal “é expressão, no campo administrativo e jurisdicional, do princípio da negação do arbítrio”.

Os princípios processuais derivados do Devido Processo Legal são: o princípio da Isonomia, o princípio do Juiz e do Promotor Natural, o princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, o princípio da Proibição da Prova Ilícita, o princípio da Publicidade dos Atos Processuais, o princípio do Duplo Grau de Jurisdição, o princípio da Motivação das Decisões Judiciais e Administrativas, o princípio da Presunção de Não-Culpabilidade e o princípio da Presunção da Celeridade e da Duração Razoável do Processo e o princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional – princípio do Acesso à Justiça. (NERY JÚNIOR, 2009, p. 96).

Tendo em vista o objeto de estudo do presente trabalho, será concedida ênfase apenas ao princípio do acesso à justiça que será discorrido a seguir.

2.4 O Princípio do Acesso à Justiça

Antes de adentrar na abordagem do princípio do acesso à justiça relacionado ao Mandado de Segurança, será feita uma explanação sobre sua definição, previsão constitucional, bem como os óbices a sua concretização.

2.4.1 Definição

Primordialmente, cabe enfatizar que a expressão “acesso à justiça” é de difícil definição, segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 8), entretanto:

[...] serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Aduzem Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 35) que o acesso à justiça não deve ser considerado como mera admissão do processo ou a possibilidade de ingressar em juízo; deve ser, essencialmente, a garantia de que todos possam demandar e defender-se adequadamente em juízo, ou seja, todos devem ter acesso à efetividade no processo com os meios e recursos a ele inerentes, de modo a obter um provimento jurisdicional justo.

Preceitua Port (2010), ainda, que não basta a afirmação de que o acesso à justiça seja somente o acesso ao sistema jurídico formal, o que seria incompleto, tendo em vista que o simples fato de permitir o acesso nem sempre se coaduna com o ideal de prestação jurisdicional, qual seja, um resultado justo.

Assevera Canotilho (1999, p. 466) acerca do mesmo assunto que:

A proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma **proteção eficaz e temporalmente adequada**. Neste sentido, ela engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, da matéria de facto e de direito, objecto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva ‘resposta’ plasmada numa decisão judicial vinculativa (em termos a regular pelas leis de processo). O controlo judicial deve, pelo menos em sede de primeira instância, fixar as chamadas ‘matérias ou questões de facto’, não se devendo configurar como um ‘tribunal de revista’ limitado à apreciação das ‘questões’ e ‘vícios de direito’. Além disso, ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade, em *tempo útil* (‘adequação temporal’, ‘justiça temporalmente adequada’), obter uma sentença executória com força de *caso julgado* - ‘a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça’.

Acerca da importância da previsão do princípio do acesso à justiça, relacionada ao direito de ação e defesa, Portanova (2005, p. 109) expõe que: “[...] é um princípios bem geral, pré-processual e até supraconstitucional que, em última análise, informa todos os outros princípios ligados à ação e à defesa. Trata-se de um

poder quase absoluto no processo civil, mercê da natureza do direito material a que se visa atuar”.

Ainda, segundo Rodrigues (*apud* Portanova, 2005, p. 112) a previsão do acesso à justiça pode ser vista pelo aspecto formal e material, ou seja, caso o princípio do acesso à justiça seja interpretado com o sentido de apenas se ter acesso ao Poder Judiciário, ter-se-á o aspecto meramente formal. Por outro lado, se observado pela concretização da justiça em seus termos axiológicos, teremos o aspecto material, sendo aqui o acesso à justiça considerado como o acesso a uma ordem jurídica justa ou, nas palavras do referido autor: “o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”.

Canotilho (1999, p. 405), ainda, sobre o aludido princípio, leciona que:

[...] o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e disrecrear sobre o valor e resultado de causas e outras.

Desta forma, analisando a definição do acesso à justiça em seus aspectos formal e material, verifica-se que ambos devem ser buscados para uma efetiva concretização da justiça.

2.4.2 Previsão Constitucional

O princípio do Acesso à Justiça tem sua previsão na Constituição Federal (BRASIL, 2010-A), em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Este princípio, embora tenha como principal destinatário o legislador, de acordo com Nery Júnior (2009, p. 170), “[...] o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador nem ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão”.

Destarte, “[...] isto quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos”. (NERY JÚNIOR, 2009, p. 171).

Contudo, mesmo sendo indiscutível a garantia do acesso à justiça, ainda são verificados óbices ao seu pleno atendimento, os quais serão discutidos a seguir.

2.4.3 Óbices ao Acesso à Justiça

Conforme lecionam Cappelletti e Garth (1988, p. 15), para o acesso efetivo à justiça há obstáculos a serem transpostos:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a reafirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo da justiça podem e devem ser atacados?

Seguindo o entendimento acerca do entraves ao acesso à justiça, são elencados como principais as custas judiciais, as possibilidades das partes e os problemas especiais dos interesses difusos. (CAPELETTI; GARTH, 1988, p. 15-29).

Tal abordagem se faz extremamente necessária tendo em vista que o que caracteriza o acesso à justiça não é apenas o seu acesso formal ao judiciário, mas o seu acesso efetivo a uma ordem jurisdicional justa, em que sua pretensão seja de fato atendida de acordo com suas condições. (PIZZOL, 2006, p. 87).

Remetendo brevemente aos entraves expostos por Cappelletti e Garth (1988, p. 21-29), deve-se observar que o obstáculo referente à possibilidade das partes remete não apenas a questão financeira, mas à desigualdade de estratégias entre os litigantes, como por exemplo, quanto ao conhecimento dos direitos que lhe são cabíveis ou de como requerê-los em juízo e quanto à disposição psicológica

para procurarem o judiciário; e, com relação aos problemas especiais dos interesses difusos, outro obstáculo à efetivação do acesso à justiça, que são os interesses fragmentados ou coletivos, como por exemplo, o direito ao ambiente saudável, em que o dispêndio de mover uma ação será muito maior que a possibilidade de obter o cumprimento da lei.

Contudo, dar-se-á no presente estudo maior ênfase para o obstáculo referente às custas judiciais, tendo em vista sua relação com a nova lei do mandado de segurança que será abordada mais adiante.

Entende Nery Júnior (2009, p. 177), com relação ao entrave da cobrança de custas, que a garantia do acesso à justiça não é sinônimo de gratuidade processual, entretanto, se a taxa judiciária for excessiva de modo a criar obstáculos ao jurisdicionado, verifica-se, destarte, ser ela inconstitucional.

Leciona Tesheiner (*apud* PORT, 2010) sobre o preço que se paga pela concessão do acesso à justiça, o qual deve ser pago primordialmente pelos próprios interessados na demanda:

O acesso à justiça é um bem que a ninguém se deve negar. Trata-se, contudo, de um bem que tem o seu preço, que é pago pelos próprios interessados ou pela sociedade, através de impostos, e não se compreende que deva pagá-lo a sociedade se não o querem pagar os próprios interessados, por entenderem que não vale a pena. A banalização da justiça não é desejável. Produziria a intervenção do Estado em todos os aspectos das relações sociais. A sociedade precisa ter uma certa capacidade de auto-absorção dos conflitos, sem interferência do juiz. [...] Não parece desejável que se tenha um tribunal em cada esquina. Ao pobre, que não tem o que comer e onde morar, devemos oferecer oportunidade de trabalho, para que possa ter alimento e habitação, não advogados e tribunais.

Acerca das barreiras que podem vir a impedir ou mesmo prejudicar o acesso à justiça leciona Rosas (1999, p. 192):

Não basta a instituição da Justiça, bem como a organização judiciária. Necessárias a permissão de ingresso, as facilidades da entrada em juízo, do socorro ao Judiciário nos conflitos individuais ou coletivos e até meramente preventivo. Os entraves ao ingresso no Judiciário são inconstitucionais, porque impedem a solução dos conflitos. Por isso, quando a Constituição institui o juiz natural está a fixar a regra de ingresso no Judiciário. Qualquer lesão não será afastada do exame judicial, e, por conseqüência, qualquer obstáculo é contrário a esse acesso. Vejamos na seara de soluções judiciais, que permitem o acesso à Justiça, que qualquer procedimento tendente a simplificar esse ingresso está na linha constitucional. No Brasil, desde as ações sumárias, o mandado de segurança, os juizados de pequenas causas e os juizados especiais são demonstrações da intenção do legislador constitucional de facilitar o acesso.

[...] No entanto, ainda que não seja qualquer das hipóteses, as custas judiciais podem ser excessivamente elevadas e, portanto, obstativas do acesso; daí a inconstitucionalidade.

Aduzindo sobre os obstáculos do jurisdicionado ao clamor por justiça e associando-os à cobrança das mais diversas custas judiciais, entende Nalini (2000, p. 61) que:

Dentre os obstáculos econômicos que se antepõem entre o lesado e o equipamento formulador da justiça figura a cobrança de custas. Pese embora a gratuidade assegurada para todo aquele que alegar insuficiência de recursos para custear a demanda, na verdade ainda há muita pobreza excluída dos serviços judiciais, diante da inevitabilidade de algum dispêndio: a realização de uma perícia, a obtenção de documentos, compromissos que não serão suportados pelo defensor constituído. Considerando que a justiça venha a ser prestação pública de caráter essencial, ela deveria ser gratuita a todos. Alegar que haveria estímulo à demanda em virtude da gratuidade parece não se fundar em análise adequada da personalidade humana. Os homens não criarão conflitos pelo simples fato de que sua solução judicial será livre de custeio. Pode haver inicial recrudescimento, pois um dos pontos que contribui para o delinear da litigiosidade contida é, justamente, a necessidade de dispêndio. Mas o fato de não se cobrar pela prestação jurisdicional é desvinculado da multiplicação de processos, da mesma maneira como a imaginária isenção de pagamento por internação hospitalar não é, diretamente ao menos, causa de epidemia.

Outrossim, o mesmo autor, Nalini (2000, p. 62), critica o fato de que o recolhimento de custas se torna um fator de prolongamento da demanda, visto envolver a burocracia de recolhimentos, a delonga nos cálculos, o recebimento dos recursos mediante preparo... todo este processo indo de encontro com o anseio do jurisdicionado de que a justiça devesse chegar de forma fácil.

De outro lado, consoante Nalini (2000, p. 62) poderia se justificar a cobrança das custas judiciais se elas de fato mantivessem e sustentassem todo o aparato judiciário. Entretanto, não é o que acontece, visto que o que é arrecado talvez não seja o suficiente para custear os setores incumbidos de fazer funcionar o sistema.

A seguir, passa-se ao estudo do mandado de segurança analisando-se algumas de suas principais características.

3 O MANDADO DE SEGURANÇA

3.1 Origens e Evolução Histórica e Jurídica

Para compreender o Mandado de Segurança, faz-se necessário o estudo de suas origens no direito brasileiro, bem como de sua evolução histórica e jurídica em nosso ordenamento.

3.1.1 Origens

De início cabe enfatizar que o mandado de segurança é uma criação típica do direito brasileiro e que se originou em grande parte de um desdobramento do *habeas corpus*, conforme leciona Guerra Filho (2003, p. 89).

Ademais, acerca do surgimento do mandado de segurança em nosso ordenamento jurídico observa-se que:

O Mandado de Segurança surgiu na Constituição Federal de 1934 (art. 103, nº 33) norteados pela proposta de Alberto Torres no apêndice de “A Organização Nacional, em 1914, bem como pelas discussões travadas na Sessão de Direito Judiciário do Congresso Jurídico de 1922. (PASSOS *apud* ICIZUKA, 2009, p. 37)

O instituto aludido por Alberto Torres denominava-se mandado de garantia e, consoante Alvim (*apud* ICIZUKA, 2009, p. 38):

O que se reconhece, na verdade, é que, após a reforma constitucional de 1926, clamava-se pela criação daquilo que viria a ser o mandado de segurança. Alberto Torres, já em 1914, sugeria a criação do que denominou *mandado de garantia*; o Min. Edmundo Muniz Barreto propugnava pela criação de algo próximo ao *juicio de amparo* mexicano, devidamente adaptado às particularidades brasileiras [...].

Entretanto, não foi apenas a influência do instituto mexicano que o direito brasileiro recebeu, pois, Picanço (*apud* ICIZUKA, 2009, p. 38) reconhece o mandado

de segurança: “[...] um instituto que se assemelha ao *mandamus* dos ingleses, ao *writ* dos Estados Unidos e ao juízo de amparo do México”.

Ao continuar a abordagem histórica do mandado de segurança, Picanço (*apud* ICIZUKA, 2009, p. 38-39) ainda assevera:

O mandado de segurança do direito brasileiro de aproxima mais do *mandamus* inglês, instituto para proteger os funcionários demitidos ou removidos ilegalmente. O *mandamus* visa atos administrativos. O mandado 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 de determinado *writ*, mas não a qualquer deles. O *writ of mandamus* não se confunde com o *quo warrant*, nem com o *writ of certioari*.

Apesar de os legisladores daquela época terem se embasado na legislação de outros países para a sua criação, o mandado de segurança constituiu-se criação típica do direito brasileiro e que, conforme Moraes (2006, p. 139): “[...] não encontra instrumento absolutamente similar no direito estrangeiro [...]”.

A seguir, passa-se ao estudo da evolução histórica e jurídica do mandado de segurança em nosso ordenamento jurídico.

3.1.2 Evolução Histórica e Jurídica

O Mandado de Segurança foi inserido a nível constitucional na Constituição de 1934, no capítulo dos direitos e garantias individuais, art. 113, nº 33 (DIREITO, 1999, p. 9) nos seguintes termos:

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 petórias competentes. (BRASIL, 2010-B).

Tem-se que o referido texto é a “certidão de nascimento do mandado de segurança”. (FIUZA *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 25).

Ainda, conforme Iczuka (2009, p. 39), a partir da Constituição Federal de 1934, “[...] todas as demais Constituições brasileiras fizeram referência expressa ao instituto, sendo a de 1937, a única exceção”.

Analisando a disposição do mandado de segurança na Constituição de 1934 expõe Matielo (2001, p. 25-26) que:

Importante salientar o caráter amplo conferido ao instituto, no que diz com a origem do ato a ser hostilizado, eis que despidianda a qualidade da autoridade coatora, ou seja, a autoridade de qualquer esfera poderia ser apontada como coatora. A exigência de que fosse o direito certo e incontestável, afrontado por ato qualificado como manifestamente inconstitucional ou ilegal trouxe barreiras à praticidade do mandado de segurança, por enquadrá-lo em padrões extremamente rígidos quando da aferição dos pressupostos indicados pelo legislador. Por força de explícita ordem contida na redação do texto, o processo a ser adotado para impulsionar a ação seria o mesmo aplicado no *habeas corpus*, ouvindo-se sempre a pessoa de direito público indicada, além de assegurar acesso ao juízo petitorio através de lides cabíveis, no tocante às quais a interposição da segurança não produziria qualquer efeito nocivo.

Após, foi editada a Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, regulamentando o processo do mandado de segurança, conforme expõe Pacheco (2008, p. 122):

[...] Adstrita à Constituição de 1934, reproduzia-lhe as expressões impróprias ou pouco claras, embora alargasse a extensão das autoridades às entidades autárquicas e pessoas naturais ou jurídicas no desempenho de serviços públicos em virtude de delegação ou de contrato exclusivo. Por outro lado, explicitava que o mandado não prejudicava as ações petitorias, que a decisão não impedia que a parte reiterasse a defesa de seu direito ou pleiteasse os efeitos patrimoniais pela ação pertinente. Elucidava, também, que: a) podia ser o pedido renovado quando o mandado não lhe houvesse apreciado o mérito; e b) cabia o mandado contra quem executasse, mandasse ou tentasse executar o ato que lhe tivesse dado causa. Não se dava mandado quando se tratasse de liberdade de locomoção, de ato de que coubesse recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, fiança ou depósito, de questão puramente política e de ato disciplinar.

Destarte, a referida lei, “[...] estabeleceu os procedimentos a serem usados na impetração, na tramitação e no julgamento do mandado de segurança, traçando as fronteiras de seu campo de ação”. (FIUZA *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 25).

Assim, segundo Matielo (2001, p. 26), após a regulamentação do instituto do mandado de segurança pela Lei nº 191/36:

[...] o mandado de segurança mostrou imediatamente notória importância, provando tratar-se de remédio com características relevantes de

celebridade e presteza, principalmente ante a possibilidade da concessão de liminar, de sentido provisório. Como controlador da conduta das autoridades, acabou sendo de significância ímpar, embora não tivesse o condão de substituir a autoridade em si, nem os atos por ela praticados. Guardando desde o início basicamente a mesma estrutura, o mandado de segurança tinha como litigantes o prejudicado pelo ato e a entidade pública à qual pertencia o coator. Compunha-se, portanto, demanda entre ambos, sendo esta última, ainda que necessariamente ouvida, representada nos termos e acompanhamento do processo pela autoridade coatora, pois as conseqüências diretas da decisão judicial eram suportadas pela pessoa jurídica de direito público, e não por quem atuou em nome dela.

Prosseguindo na análise da sua evolução histórica temos a Carta Constitucional de 1937, a qual “[...] retirou do mandado de segurança o seu *status* de remédio constitucional, outorgada que fora por Getúlio Vargas. Permanecera como instrumento legal, vez que continuava a vigor a Lei nº 191, de 1936”. (FIUZA *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 25).

Ainda, na vigência da Carta Constitucional de 1937, foi editado o Decreto-Lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, com o qual “[...] proibiu-se o uso do mandado de segurança contra os atos do Presidente da República, de ministro de Estado, governadores e interventores”. (PACHECO, 2008, p. 122).

Prossegue Matielo (2001, p. 27) analisando o Código de Processo Civil de 1939:

Afastado da Constituição, o mandado de segurança obteve acolhida no Código de Processo Civil de 1939, como processo especial e com grande parte da estrutura incólume, apesar de ter havido limitação acerca da abrangência, impedida que restou a utilização quando estivesse em discussão a cobrança de taxas e impostos de algumas das esferas do poder (artigo 320, inciso IV). Afora esse particular, o § 3º do artigo 319 assegurou a impetração não somente contra aquele que executasse o ato viciado, mas inclusive contra os que mandassem ou mesmo tentassem praticá-lo, salvo exceções expressamente consignadas.

Com o advento da Constituição de 1946, o mandado de segurança voltou novamente a ter a garantia constitucional:

Elevando novamente o instituto ao *status* constitucional, o texto de 1946 trouxe outras palavras em sua conceituação, abolindo a expressão de 1934, “ato manifestamente inconstitucional ou ilegal”; separando nitidamente os campos criminal e civil, com a expressão, “não amparado por *habeas corpus*”; acrescentando a expressão “abuso de poder”; e substituindo os adjetivos “certo e incontestável”, referentes ao direito ameaçado, por “líquido e certo” locução que, embora “nem muito certa nem líquida”, acabou conquistando o gosto jurídico e até mesmo popular, sendo repedida nos demais documentos constitucionais brasileiros até p presente (FIUZA *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 26).

Na Constituição de 1946, a disposição sobre o mandado de segurança estava disposta no Capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais, no artigo 141, § 24, nos seguintes termos: “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”. (BRASIL, 2010-C).

Diante da nova disposição acerca do mandado de segurança, esclarece Matielo (2001, p. 27):

Cumprе salientar que o legislador colocou salvaguarda da segurança somente a matéria que não se enquadrasse na proteção ofertada pelo *habeas corpus*, basicamente destinado à tutela do direito de locomoção. Desta forma, a utilização do mandado de segurança seria feita por exclusão, isto é, o que não se pudesse guardar debaixo do manto do *habeas corpus* poderia sê-lo pela outra ação heróica. O texto constitucional fortaleceu a faculdade de impetração preventiva, pois referiu-se genericamente a “proteção” do direito, prescindível, assim, a efetiva violação, sendo suficiente a simples ameaça ao direito líquido e certo por ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade.

Explana Matielo (2001, p. 28), ainda, acerca das diferentes formas de proteção do mandado de segurança nas legislações até então abordadas:

A proteção conferida pela Constituição de 1934 e pelo Código de Processo Civil de 1939 dizia respeito a atos manifestamente ilegais ou inconstitucionais, ao passo que a Carta de 1946 resguardava direitos líquidos e certos ameaçados ou violados por ilegalidade ou abuso de poder. Isso denota um abrandamento dos pressupostos de impetração, até porque diferem os conceitos de inconstitucionalidade e de abuso de poder. Enquanto o primeiro tem a ver com a “qualidade ou caráter de toda a lei ou ato promulgado ou praticado com ofensa a disposição expressa da Constituição Política de um Estado” (Jolsé Náufel, “Novo Dicionário Jurídico Brasileiro”, Ícone Editora, 1988, pág. 618), o segundo, o abuso de poder, ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia da finalidade administrativa (Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, Editora RT, 16ª edição, 1991, pág. 90). A diferenciação declinada dá bem a medida do alargamento de abrangência conferida pela Constituição de 1946 ao mandado de segurança, porque à ilegalidade juntou-se, como fator que poderia autorizar a utilização da ação, não o grave defeito do conflito com a Magna Carta, de mais difícil verificação, mas o corriqueiro e perceptível vício do abuso de poder.

Em seguida, adveio a Lei nº 1.531, de 1951 com a qual “[...] foram revogados os dispositivos do Código de Processo Civil, relativos a mandado de segurança, que por sua vez tinham substituído a Lei 191, de 1936” (FIUZA *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 26).

Arrazoa Matielo (2001, p. 29), sobre as alterações posteriores ao advento da Lei nº 1.531/51:

Algumas leis posteriores transformaram certos detalhes de funcionamento do processo. As principais foram: a) Lei 2.770, de 04 de maio de 1956, que vedou a concessão de liminares para entrega de mercadorias importadas; b) Lei 4.166, de 04 de dezembro de 1962, que alargou o prazo concedido à autoridade coatora para prestar informações e apresentar documentos; c) Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, que novamente mexeu no prazo há pouco referido, previu casos e formas de suspensão da execução de liminares e sentenças e deu providências; d) Lei 4.357, de 16 de julho de 1964, proibindo a concessão de liminares quando a impetrada fosse a Fazenda Nacional, se o tema litigioso versasse sobre modificação do Imposto de renda, entre outros; e) Lei 4.862, de 29 de novembro de 1965, que revogou o artigo 39 da Lei 4.357/64, dizendo que cessariam os efeitos liminares concedidas contra a Fazenda Nacional “após o decurso do prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da petição inicial ou quando determinada a sua suspensão por Tribunal imediatamente superior” (art. 51); f) Lei 5.021, de 09 de junho de 1966, estabelecendo que o pagamento de vencimentos e vantagens de servidores públicos, objeto de sentença acolhedora da segurança, “somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial” (art. 1º). No mesmo artigo, proíbe-se a concessão de medida liminar quando a pretensão disser respeito ao recebimento de vencimentos e vantagens pecuniárias (§ 4º).

Posteriormente, foi promulgada a Constituição de 1967, a qual conservou o mandado de segurança em nível constitucional, trazendo a novidade da qualificação do que seria o “direito líquido e certo”. (FIUZA *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 26).

Na Constituição de 1967, a disposição sobre o mandado de segurança estava disposta no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, no artigo 150, § 21, nos seguintes termos: “Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”. (BRASIL, 2010-D).

Ademais, ressalta Matielo (2001, p. 29-30) que “a Constituição de 1967 incluiu o mandado de segurança entre as previsões mais importantes, precisamente no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais”.

Prossegue o mesmo autor, ainda, ressaltando a diferença dos dispositivos anteriores:

Ao contrário dos episódios anteriores, a Carta de 1967 acrescentou um qualificativo ao direito a ser protegido, de modo que o resguardo mostrar-se-ia factível quando ameaçado ou violado direito “individual” não sujeito a *habeas corpus*. Tal redação tinha por objetivo evitar o acesso coletivo ao

mandado de segurança, e, mais objetivamente, impedir a representação de membros de entidades, por intermédio destas, em ações de mandado de segurança. (MATIELO, 2001, p. 30).

Em seguida, conforme expõe Matielo (2001, p. 30), com a Emenda Constitucional nº 1, no ano de 1969, foi retirada da Constituição de 1967, no dispositivo referente ao mandado de segurança a palavra “individual”, recuperando, assim, a amplitude naturalmente existente do referido instituto.

Após, foi proclamada a Constituição de 1988, a qual em seu artigo 5º, inciso LXIX, cuida do mandado de segurança e, também, traz no seu inciso LXX a novidade do mandado de segurança coletivo. (FIUZA *apud* OLIVEIRA, 2001, p. 26).

O mandado de segurança, desta forma, encontra-se previsto no título II (Direitos e Garantias Fundamentais), capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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. (BRASIL, 2010-A).

Aduz Matielo (2001, p. 31) acerca da disposição do mandado de segurança na Constituição de 1988:

[...] resta salientar que o texto da Constituição, na parcela dedicada ao mandado de segurança, não alterou o mecanismo de atuação do instituto, revelando progressos, todavia, ao prever o mandado coletivo, multiplicando os limites e tornando mais acessível o valioso instrumento.

Por derradeiro, o citado instituto foi regulamentado pela Lei nº 12.016 de 07 de Agosto de 2009, trazendo mudanças para o instituto do mandado de segurança e revogando a Lei nº 1.533/51, e prevê em seu artigo 1º que:

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. (BRASIL, 2010-E).

Destarte, passa-se a seguir ao estudo do mandado de segurança no que tange ao seu conceito, pressuposto do “direito líquido e certo”, objeto e partes.

3.2 Conceito

Conforme arrazoa Pacheco (2008, p. 132) “Mandado provém do latim *mandatum* ou *mandatus*, com o significado de ordem ou determinação”.

Enquanto que, segundo o mesmo autor (PACHECO, 2008, p. 132): “Segurança tem o sentido de estado em que se encontra livre de risco, perigo, dano ou incerteza, exprimindo a carência de transtorno ou a remoção de suas causas”.

Destarte, infere Pacheco (2008, p. 132) que mandado de segurança “[...] é a ordem para remover os óbices ou sustar seus efeitos a fim de fluir a paz, com o tranqüilo gozo de direitos subjetivos”.

Expõe Meirelles (2008, p. 25-26) acerca do conceito de Mandado de Segurança:

Mandado de segurança é 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.

Continua, ainda, o mesmo autor afirmando acerca do mesmo instituto que:

[...] é ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem, esta, a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento da notificação judicial. [...] Qualquer que seja a origem ou natureza do ato impugnado (administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral, trabalhista, etc), o mandado de segurança será sempre processado e julgado como *ação civil*, no juízo competente. (MEIRELLES, 2008, p. 35).

Frisa Meirelles (2008, p. 35-36), além disso, que não importa qual seja a origem ou natureza do ato impugnado, seja administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral ou trabalhista, “o mandado de segurança será sempre processado e julgado como *ação civil*, no juízo competente”.

Conforme arrazoa Serpa (*apud* Junior, 2009, p. 23) o mandado de segurança sempre teve um elevado destaque em nosso ordenamento jurídico, de forma a integrar a categoria dos chamados direitos de “primeira geração”, assim

como também são incluídos os direitos civis e políticos. Outrossim, foi na previsão dos chamados direitos de “primeira geração” que se assegurou a possibilidade de defesa do indivíduo contra o Estado, com os institutos do *habeas corpus* e mandado de segurança.

Acerca da importância do Mandado de Segurança no ordenamento jurídico pátrio:

O mandado de segurança é um dos mais notáveis temas a atrair a atenção de qualquer jurista: ao mesmo tempo em que é ele um instrumento processual – e um instrumento processual excelso – é também uma garantia individual. Esta ambivalência na sua natureza não significa um cochilo doutrinário, nem uma impropriedade do constituinte, nem tampouco, uma velharia que a tradição tenha consolidado. Deve-se ter em mente que não se trata de sorte alguma um desvio, de uma patologia conceitual. Na verdade, o que se tem aí é uma fidelidade absoluta, é a dimensão exata do que é o mandado de segurança. A um só tempo garantia instrumental, e, por outro lado, também uma garantia básica da própria cidadania (FERRAZ apud DANTAS, 2008, p. 588).

Consoante a esta importância aduzem Medina e Araújo (2009, p. 20-21) que o mandado de segurança é considerado uma ação civil e que constitui uma forma de garantir e tutelar os direitos fundamentais relacionados às liberdades públicas previstas no art. 5º da CF e proteger os cidadãos dos atos ilegais e abusivos exercitados pelo poder público.

Entretanto, asseveram Medina e Araújo (2009, p. 21) que o mandado de segurança não é um instituto que protege todas as liberdades públicas amparadas pelo art. 5º da CF/88, mas sim apenas aquelas limitadas pelo próprio legislador constituinte, quais sejam, todas aquelas não amparadas pelo *habeas corpus* ou *habeas data*.

Acentua-se, ainda, que de nada serviria todo esse aparato de garantias fundamentais previstos na constituição se não existissem mecanismos processuais que asseverassem a sua eficácia social, remetendo, desta forma, à importância conferida ao mandado de segurança. (MEDINA; ARAÚJO, p. 22).

3.3 O Pressuposto do “Direito Líquido e Certo”

Acerca do pressuposto constitucional de direito líquido e certo para se impetrar mandado de segurança, ensina Meirelles (2008, p. 38) que:

*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. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. [...] Em última análise, *direito líquido e certo é direito comprovado de plano.**

Desta forma, por serem determinadas que as situações e fatos pleiteados sejam “comprovados de plano” é que não existe produção de provas no mandado de segurança. “O que se exige é *prova pré-constituída* das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante”. (MEIRELLES, 2008, p. 39).

No mesmo sentido leciona Pacheco (2008, p. 96) sobre a previsão do direito líquido e certo, aduzindo que a referida expressão significa que o direito pleiteado deve ser “indivíduo e claro”, qual seja, que o mesmo seja desde logo demonstrado, sem a necessidade de uma comprovação póstuma.

Entretanto, leciona Lima (2010, p. 40):

De início, pensou-se ser direito líquido e certo aquele que o intérprete, ou melhor, o órgão jurisdicional pudesse verificar de plano, sem necessidade de exame mais detido da controvérsia. Excluía-se, pois, do controle pelo *writ of mandamus* aquelas questões de ordem mais complexa, ainda que o magistrado pudesse, através de análise da prova pré-constituída, aferir a existência ou não do direito da parte.

Desta forma, continua Lima (2010, p. 40) afirmando que o conceito relacionado ao que o legislador determinou como sendo “líquido e certo” foi evoluindo com a doutrina e jurisprudência, e não se permitiu que imperasse este entendimento, qual seja, o de ser considerado o direito que pudesse ser verificado de plano, tendo em vista que, se assim fosse, as situações para o cabimento do mandado de segurança seriam reduzidas.

Destarte, Lima (2010, p. 40-41) destaca acerca da liquidez e certeza do direito que:

A liquidez e certeza do direito somente podem ser extraídas dos fatos que deram origem ao pedido da parte e, estes sim (os fatos), é que não devem ser passíveis de contestação, sob pena de ser impossível verifica-se o preenchimento de um dos pressupostos necessários à concessão de segurança. Isto não implica dizer que todo fato incontestável seja capaz de gerar direito líquido e certo. Na verdade, os fatos devidamente comprovados pelo impetrante poderão ou não levar o magistrado a concluir pela existência do direito líquido e certo, necessitando também que o direito invocado esteja realmente apto a ser exigido e usufruído pela parte.

Deste modo, é na conjuntura exposta acima que se encontra a imprescindibilidade de os fatos proferidos na causa estejam devidamente acompanhados das provas, objetivando já formar a chamada prova pré-constituída. (LIMA, 2010, p. 41).

No mesmo raciocínio do que já foi exposto por Meirelles acerca da prova pré-constituída:

Não se admite, em sede de mandado de segurança, a abertura de uma fase para instrução probatória, justamente por ser incompatível com o assaz citado “direito líquido e certo”. A mencionada prova pré-constituída, todavia, não impede a impetração do *writ* nos casos em que algum(ns) documento(s) necessário(s) à comprovação do alegado se encontrem sob a responsabilidade de repartição ou estabelecimento público ou ainda em poder de autoridade ou de terceiro, nos moldes previstos no § 1º, do art. 6º, da própria Lei 12.016/2009. (LIMA, 2010, p. 41).

Compreendido o pressuposto de “líquido e certo” em sede de mandado de segurança, pode seguir-se a análise do seu objeto.

3.4 Objeto

O objeto do mando de segurança, de acordo com Meirelles (2008, p. 41), “[...] será sempre a correção de *ato ou omissão de autoridade*, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante”.

Em análise ao artigo 1º da Lei nº 12.016 de 07 de Agosto de 2009 (BRASIL, 2010-E), a qual revogou a Lei nº 1.533/51, verifica-se a previsão do objeto do mandado de segurança:

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.

Verifica-se que, além da previsão do direito líquido e certo, que deve ser seguido com a prova pré-constituída, para o mandado de segurança é igualmente necessário que o ato da autoridade seja caracterizado como ilegal ou investido de abuso de poder. (LIMA, 2010, p. 43).

Nesta mesma direção segue o entendimento de Pacheco (2008, p. 141) que, segundo o qual:

A ação do mandado de segurança torna-se viável, com a existência: a) de ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou de agente de prestador de serviço público; b) de direito líquido e certo, violado ou ameaçado por esse ato ilegal e abusivo. Não basta a existência de ato de autoridade ou de seu agente, é preciso que tal ato seja ilegal, ou abusivo, mas também não é suficiente a ilegalidade ou abuso de poder, sendo necessário que estejam impregnados em ato de autoridade ou de referido agente. Do mesmo modo, a simples existência de direito líquido e certo não é bastante, precisando que seja afetado por ato ilegal ou abusivo de autoridade ou do agente.

Com relação ao abuso de poder aduz Pacheco (2008, p. 142) que, sendo a utilização do poder uma prerrogativa da autoridade, ela deve guiar-se pela lei ou pelos princípios que a regem. Desta forma, o abuso de poder pode ser caracterizado quando houver seu emprego diferentemente do que prevê a lei e, da mesma forma, quando não respeitar os princípios que se sujeitam a administração pública, quais sejam, legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. O poder da autoridade pública deve sempre visar o bem da instituição ou da coletividade, pautando-se sempre pelo que prevê a lei para ser considerado legítimo.

Neste sentido, Lima (2010, p. 43) expõe acerca do que deva ser interpretado como ato ilegal e ato com abuso de poder:

A ilegalidade deve ser interpretada no seu sentido amplo, daí porque nela devem se enquadrar tanto os comportamentos que destoem dos

mandamentos legais, em sentido estrito, como aquelas atitudes que vilipendiam as normas-regras e as normas-princípios contidas no texto constitucional. A violação de normas com assento constitucional, mais do que qualquer outra, deve habilitar o interessado a utilizar o *writ*. Não devem pairar dúvidas, ainda, que o abuso de poder não deixa de estar contido no conceito de ilegalidade *lato sensu*. No mínimo, a axacerbação de qualquer competência, o que culmina com o abuso de poder revela um comportamento irrazoável e desproporcional, afrontando, assim, dois princípios gerais do direito (razoabilidade e proporcionalidade, respectivamente) e caracterizando, mais fortemente, não apenas uma ilegalidade, porém até mesmo uma inconstitucionalidade.

Em comentários à nova lei do mandado de segurança, Medina e Araújo (2009, p. 37) expõem uma diferenciação do que vem a ser considerado como ilegal e abusivo:

A ilegalidade resta estampada pelo descompasso entra a causa e o efeito quando se trata de competência vinculada, na qual a predisposição dos atos praticados, com o fim vinculado pela norma jurídica, é obrigatória (atividade *secundum legem*). Como assinala Marçal Justen Filho: “Alude-se a ‘ilegalidade’ para indicar que a decisão atacada infringe a disciplina legal, uma vez que a decisão atacada infringe a disciplina legal, uma vez que recusa ao interessado um direito cujos pressupostos e extensão constam da lei. Em outras palavras, não restaria qualquer margem de liberdade, em virtude da prévia tipificação legal, quanto aos fins a serem perseguidos pelo ocupante do múnus público. No abuso de poder, configura-se um autêntico desvio da competência da autoridade, a qual, sob o manto da discricionariedade, executa atos abusivos em prejuízo do cidadão ou da coletividade.

Portanto, bem compreendido que o ato coator objeto do mandado de segurança deve ser caracterizado como ilegal ou abusivo, urge que sejam limitados e definidos quais atos podem ser atacados pelo instituto ora estudado. (LIMA, 2010, p. 47).

Destarte, continua o mesmo autor (LIMA, 2010, p. 47-48) expondo acerca de quais atos podem ser corrigidos pelo instituto ora estudado:

Primeiramente vale registrar que, não importa a natureza do ato (se puramente administrativo, se legislativo, se judicial ou que for), será viável a impetração tanto contra atos de cunho comissivo como omissivo, visto que a inércia da autoridade também é reveladora de um abuso de poder e, portanto, geradora de uma ilegalidade. [...] Relativamente aos atos em espécie, que são passíveis de controle pelo mandado de segurança, compreende-se não apenas os atos provindos do Executivo, como de todas as demais esferas que compõem o Poder Público, inclusive aqueles que são praticados por agentes que exerçam atribuições da Administração. Também se permite a impetração contra atos de representantes ou órgãos dos partidos políticos.

Desta forma, compreendido que o objeto do mandado de segurança é a proteção de um direito líquido e certo, que esteja sendo violado ou possa sê-lo, por um ato ilegal ou investido de abuso de poder, pode-se passar ao estudo das partes (legitimidade ativa e passiva) em sede de mandado de segurança.

3.5 Das Partes

Serão estudadas neste tópico as legitimidades ativa e passiva do mandado de segurança, bem como o papel desempenhado pelo Ministério Público no decorrer do processo.

3.5.1 Legitimidade Ativa (Impetrante)

Com relação à legitimidade ativa para a impetração do mandado de segurança merece destaque que houve uma alteração com a Lei nº 12.016/09, de forma que foi trocada a expressão “alguém” por “qualquer pessoa física ou jurídica”. (LIMA, 2010, p. 44).

Observa-se primeiramente a redação do artigo 1º da lei anterior:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (BRASIL, 2010-F).

Agora a redação com a Lei nº 12.016/09:

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. (BRASIL, 2010-E).

Em análise a referida mudança relacionada à legitimidade ativa aduz Cruz (2009, p. 29) que:

Esta modificação elimina dúvida que poderia existir quanto à possibilidade de pessoa jurídica impetrar mandado de segurança para a defesa do seu direito líquido e certo, por mais que já fosse questão com relação a qual não pairasse mais discussão. Neste ponto, também, a doutrina, de há muito, já entendia que a legitimidade (tanto *ad causum*) ativa para interposição do mandado de segurança não deveria sofrer restrições, devendo seguir a mesma regra de legitimidade em geral. [...] Em sendo o mandado de segurança garantia constitucional, de fato, não faria sentido impor restrição para a titularidade de direito material que legitima a possibilidade de sua utilização.

Ademais, expõem Medina e Araújo (2009, p. 42) acerca da possibilidade dos entes despersonalizados impetrarem mandado de segurança:

Os entes despersonalizados também podem impetrar o mandado de segurança, uma vez que a ausência de personalidade jurídica não elimina a personalidade judiciária, a qual é suficiente para preencher o requisito da legitimidade. Deste modo, o ente despersonalizado (como a massa falida, o condomínio, o espólio ou a Câmara de Vereadores na defesa de seus interesses institucionais) poderá ingressar com mandado de segurança, pois o conceito de parte é essencialmente processual.

Compreendida a quem cabe a legitimidade ativa no mandado de segurança, passa-se ao estudo de sua legitimidade passiva.

3.5.2 Legitimidade Passiva (Impetrado)

É de extrema importância compreender o conceito de autoridade coatora quando na impetração do mandado de segurança, não apenas para identificar a quem cabe a legitimidade passiva, mas para igualmente definir a competência para o ajuizamento da ação. (MEDINA; ARAÚJO, 2009, p. 45).

O conceito de autoridade coatora encontra-se previsto no art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.106/2009 (BRASIL, 2010-E), o qual prevê que: “Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”.

Em análise ao referido dispositivo, aduz Maia Filho (2010, p. 109) que:

A Lei nº 12.016/2009 foi muito econômica, mas precisa e exata, ao definir o conceito de autoridade, para o efeito de legitimação passiva no mandado de segurança, pois em apenas 20 palavras realizou a conceituação. É certo que a exigüidade de palavras atende a uma recomendação ideal das definições para não se tornarem *descrições da realidade* a ser definida. É nestes termos que a nova Lei do Mandado de Segurança dispõe sobre o conceito de autoridade, no seu art. 6º, § 3º.

Por outro lado, a definição de autoridade, sem se referir a designação de coatora, encontra-se prevista no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.106/2009. Antes, porém, cabe ressaltar que houve uma alteração na redação deste artigo ao ser editada a nova lei. Analisa-se primordialmente o art. 1º, § 1º da lei anterior: “Consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções”. (BRASIL, 2010-F).

Agora, o art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.106/2009:

Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições. (BRASIL, 2010-E).

Assim, cabe destacar a observação de Cruz (2009, p. 30):

A primeira observação é a de que, na redação anterior, a expressão utilizada era “consideram-se autoridades”, e não, “equiparam-se às autoridades”. Acredita-se que a razão de ser da modificação é que, na lei anterior, a intenção era definir, de forma mais taxativa, quem seria considerado autoridade para efeito da lei. Na atual redação, a expressão “equiparam-se, traz idéia de ampliação do conceito e do rol dos legitimados passivos.

E, a referida autora vai mais além ao esclarecer que:

[...] Foram acrescidos, ao rol dos possíveis legitimados passivos, os órgãos de partidos políticos e os *dirigentes* de pessoas jurídicas, deixando mais específica a legitimidade dos *dirigentes* das pessoas jurídicas, e não de qualquer pessoa que a representante de alguma de alguma forma. Especialmente no que tange aos partidos políticos, a inclusão é relevante na medida em que os esses se passaram a ter personalidade jurídica de direito privado após a Constituição Federal de 1988. De certa forma a modificação também foi uma adaptação do texto constitucional, que considera sujeito a mandado de segurança o ato de autoridade pública ou

de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Também resta claro, agora, que a tal “equiparação” deve ocorrer quanto aos atos destas pessoas, físicas ou jurídicas, *no exercício de atribuições do poder público*. (CRUZ, 2009, p. 30-31)

Outra mudança, consoante Cruz (2009, p. 31) foi a substituição da expressão “com funções delegadas” por “exercício de atribuições do poder público”, com o escopo de eliminar a idéia de que com a primeira expressão poderia ser confundido que seriam consideradas autoridades apenas as pessoas físicas ou jurídicas que desempenhavam funções delegadas e, assim, deixar bem definido que podem ser quaisquer autoridades que desempenham atribuições e funções do poder público.

Destarte, analisando o conceito de autoridade, exposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.106/2009, verifica-se que a aludida expressão se ajusta a todos os que desempenham o *munus* público. (MEDINA; ARAÚJO, 2009, p. 45).

Por outro lado, esclarecem Medina e Araújo (2009, p. 48) que:

A autoridade coatora sempre será o elo responsável quanto à omissão ou prática do ato ilegal ou abusivo. O responsável não se confunde com o *executor*, embora ambos possam congrega a mesma situação fática e jurídica. O funcionário subalterno que cumpre e executa as ordens do seu superior hierárquico não pode ser considerado representante da pessoa jurídica no pólo passivo do mandado de segurança. Somente aquele que detiver o poder de desfazer o ato impugnado pode ser considerado autoridade coatora.

Ressalta Cruz (2009, p. 32) que a autoridade coatora “não é necessariamente parte passiva [...]”.

A assertiva acima, consoante a mesma autora (CRUZ, 2009, p. 31-32) justifica-se porque quem ocupa o pólo passivo no mandado de segurança é a pessoa jurídica, tendo em vista que quem comete o ato o realiza por causa da atribuição que lhe é cabida, ou da posição ocupada ou, ainda, da função desempenhada como pessoa jurídica e não que praticasse este ato coator em nome próprio, por sua livre pretensão.

Cabe indagar, assim, se a autoridade coatora não é, necessariamente, a parte passiva em sede de mandado de segurança, qual é o seu papel que desempenhado por ela no processo.

Leciona Cruz (2009, p. 32) que a autoridade coatora no mandado de segurança será a parte que irá prestar as informações, tendo em vista que é ela que

conhece os detalhes da prática do ato coator, ao qual é atribuída a transgressão do direito líquido e certo do pólo passivo, qual seja do impetrante.

Mais especificamente e mais objetivo aduz Moreira (*apud* Cruz, 2009, p. 32): “(...) parte passiva, de acordo com a doutrina prevalecente, é a pessoa jurídica (de direito público, as mais das vezes) em cujos quadros se insere a autoridade dita coatora”.

Ademais, continua Cruz (2009, p. 33):

Esclarecemos aqui que esta representação, dá-se apenas no que diz respeito às informações, e, repetimos, não é representação no sentido de substituição, pois toda a defesa processual, técnica, é realizada pela pessoa jurídica à qual a autoridade coatora está vinculada. Inclusive, no que tange à ordem para o desfazimento do ato, ela será cumprida por quem quer que esteja ocupando a posição que ocupava a autoridade que violou o direito do impetrante.

Compreendida a quem cabe a legitimidade passiva no mandado de segurança, passa-se ao estudo do Ministério Público no mandado de segurança, identificando qual papel por ele exercido durante o processo.

3.5.3 Ministério Público

Antes de adentrar no estudo da participação do Ministério Público no andamento processual do mandado de segurança, cabe expor o previsto no art. 10, da Lei nº 1.533/1951 com o correspondente no art. 12, da Lei nº 12.016/2009.

Assim, o art. 10, da Lei nº 1.533/1951 previa que:

Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido o representante do Ministério Público dentro em cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora. (BRASIL, 2010-F).

Em contrapartida, com algumas alterações, prevê o art. 12, da Lei nº 12.016/2009 que:

Findo o prazo a que se refere o inciso I do caput do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo

improrrogável de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias. (BRASIL, 2010-E).

Assim, observando os dispositivos acima expostos, expõe Vilar Filho (2010, p. 169), que:

Na Lei 12.106/2009, assim como na Lei 1.533/1951, há previsão da intervenção do Ministério Público nas ações que sejam processadas pelo rito do mandado de segurança. É interessante observar que o art. 12 da Lei 12.016/2009 não fez qualquer ressalva quanto à necessidade de ser ouvido o representante do Ministério Público, de modo que ele deveria, pela interpretação puramente literal do dispositivo legal, opinar em todo e qualquer mandado de segurança. A Lei 1.533/1951 também não fazia qualquer ressalva quanto à intervenção no Ministério Público. Essa interpretação meramente literal, contudo, conduziria – como costuma acontecer – a resultado normativo desarmônico com o Ordenamento Jurídico vigente. Uma interpretação sistemática do art. 12 da Lei 12.016/2009 conduz ao entendimento de que o Ministério Público deve ser sempre cientificado da impetração do *writ*, sendo que o membro do *parquet* somente opina quando presente alguma das circunstâncias do art. 82 do CPC.

Assim, prevê o art. 82, do Código de Processo Civil que:

Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. (BRASIL, 2010-G).

Consoante a esta previsão do Código de Processo Civil, parte-se do pressuposto de que, se em todos os demais casos da via ordinária a intervenção forçosa do Ministério Público se restringe às hipóteses previstas no art. 82 do CPC, no mandado de segurança não seria diferente, considerando-se uma interpretação sistemática (VILAR FILHO, 2010 p. 170).

Por outro lado, aduz Vilar Filho (2010, p. 170) que:

Deve-se, desde logo, alertar que uma leitura rápida do dispositivo legal pode conduzir à falsa impressão de que sempre haverá obrigatoriedade da intervenção do *parquet*, quando for parte algum ente público. O art. 82, III, do CPC, quando fala em interesse público está a referir-se ao interesse público primário, que é aquele interesse do Estado em realizar os fins para os quais foi criado, com a prestação de serviços públicos destinados a

organização e bem estar da sociedade. O Estado tem, contudo, outros interesses, que são aqueles interesses, que são aqueles interesses que não se referem às finalidades originais do ente público, mas apenas ao aspecto patrimonial daquela entidade.

Destarte, certifica Vilar Filho (2010, p. 172) que:

Dessa forma, o art. 12 da Lei 12.016/2009 deve ser interpretado no sentido de se conceder vistas, ao Ministério Público, de todo e qualquer mandado de segurança impetrado, e não no sentido de se tornar obrigatória a manifestação daquele órgão acerca do mérito de cada *writ*, o que deve ocorrer nos casos em que haja interesse público primário em discussão.

Ademais, analisa Vilar Filho (2010, p. 174) de forma positiva a postura do legislador ao prever o julgamento do mandado de segurança ainda que o Ministério Público não tenha emitido parecer:

Andou bem o legislador, então, quando estabeleceu a possibilidade de julgamento do mandado de segurança ainda que o Ministério Público não haja emitido parecer, desde que superado o prazo de 10 (dez) dias. Essa explicitação de que é possível o julgamento do mandado de segurança independente da apresentação de parecer pelo Ministério Público corrobora o entendimento de que a obrigatoriedade legal é no sentido de ser concedida vista do *writ* ao *parquet*, sendo que a efetiva emissão de opinião pelo órgão ministerial só deve ocorrer nas hipóteses do art. 82 do CPC.

Quanto às mudanças dos prazos trazidas na nova lei, verifica-se que “[...] são perceptíveis de plano e dizem respeito aos prazos estabelecidos para a manifestação do Ministério Público e para o magistrado proferir sua decisão”. (MAIA FILHO, 2009, p. 109).

Desta forma, observa-se que, na lei anterior a manifestação do Ministério Público em mandado de segurança deveria ocorrer dentro do prazo de 5 (cinco) dias, enquanto que na nova lei passou para 10 (dez) dias, improrrogáveis. E a manifestação do magistrado que na lei anterior deveria ocorrer dentro do prazo de 5 (cinco) dias, na nova lei foi ampliado para 30 (trinta) dias. (MAIA FILHO, 2009, p. 109).

Consoante a estas alterações, os doutrinadores que já se manifestaram sobre o aumento dos prazos na Lei nº 12.016/2009 elogiaram a postura do legislador. Passa-se a expor algumas opiniões acerca do assunto.

Vilar Filho (2010, p. 176) leciona que:

O art. 12 da Lei 12.016/2009 ampliou o prazo anteriormente estabelecido na Lei 1.533/1951, de 5 (cinco) para 10 (dez) dias. Referida alteração, em uma primeira vista, poderia fazer crer um desprestígio a celeridade processual. Bem vista esta alteração, contudo, demonstra a lucidez do legislador em estabelecer prazos mais razoáveis para a prática de atos processuais. É preferível ter um prazo maior cuja observância seja perseguida, a prazos curtos, rotineiramente descumpridos e desprestigiados.

Continua o mesmo autor argumentando acerca do confronto que poderia haver das mudanças dos prazos com o direito constitucional à razoável duração do processo:

A Lei 12.016/2009, ao contrário do que a ampliação do prazo poderia fazer supor, está em sintonia com o direito constitucional à razoável duração do processo, (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988) mantendo o foco na tradição do mandado de segurança como uma ação de rápida tramitação. A referida lei não só manteve a prioridade de tramitação anteriormente prevista no art. 17 da Lei 1.533/51 (arts. 7º e 20 da Lei 12.016/2009), como também deixou expresso que o mandado de segurança será decidido logo que decorrido o prazo para apresentação de parecer pelo Ministério Público, independentemente da efetiva ocorrência de manifestação. (VILAR FILHO, 2010, p. 176).

No mesmo sentido, aduz Maia Filho (2009, p. 112) que:

Neste contexto, somente se considera a necessidade atual frente ao volume de trabalho, já seria razoável majorar o prazo previsto na Lei 1.533/1951, por ínfimo, diante da complexidade dos temas tratados em sede de mandado de segurança, exigentes de um estudo mais apurado para nele se pronunciar e, sobretudo, para nele se decidir.

Destarte, consoante aduz Vilar Filho (2010, p. 179), verifica-se que o legislador optou por bem em estipular prazos que possam ser de fato cumpridos, o que demonstra que realizou as alterações de acordo com a realidade processual, ao invés de estabelecer prazos curtos, mas que de outro lado não pudessem ser efetivamente cumpridos.

4 A CONCESSÃO DE LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA E O ACESSO À JUSTIÇA

4.1 Tutelas de Urgência

Antes de adentrar no estudo da concessão de liminares em mandado de segurança, far-se-á uma breve análise acerca das tutelas de urgência, desde a sua garantia na Constituição Federal até a legislação processual civil vigente.

Conforme arrazoam Medina, Araújo e Gajardoni (2009, p. 31) a raiz constitucional das tutelas de urgência encontra amparo no art. 5º, XXXV, da CF, o qual prevê que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 2010-A).

Assim, do referido dispositivo decorre a necessidade de o legislado criar medidas que assegurem a eficácia do direito material. (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2009, p. 32).

Argumentam, ainda, Medina, Araújo e Gajardoni (2009, p. 32) que:

A resposta jurisdicional muito demorada, mormente quando prestada através do processo de conhecimento, acaba orientando o legislador para a criação de soluções jurídicas tendentes a tutelar a parte que *aparentemente* tenha razão, através de estruturas procedimentais voltadas a evitar que o tempo de duração do processo acabe por frustrar, *in concreto*, o direito material da parte. Tem-se, sob este prisma, a consagração do princípio disposto no art. 5º, LXXVIII da Constituição, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Trata-se, no caso, de decorrência da garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Do mesmo modo, assevera Theodoro Júnior (2008, p. 492) que não é suficiente que a prestação jurisdicional seja alcançada, mas que esta prestação seja efetivamente justa. Mais precisamente:

[...] é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada. Pois, de nada valeria, por exemplo, condenar o obrigado a entregar a coisa devida, se esta já inexistisse ao tempo da sentença; ou garantir à parte o direito de colher um depoimento testemunhal, se a testemunha decisiva já estiver morta quando chegar a fase instrutória do

processo; ou, ainda, declarar em sentença o direito à percepção de alimentos a quem, no curso da causa, vier a falecer justamente por carência dos próprios alimentos.

No mesmo raciocínio lecionam Nery Junior e Nery (2010, p. 1161) que não basta que haja a previsão da tutela jurisdicional, mas sim que esta prestação jurisdicional seja “adequada”, em suas palavras:

A CF 5º XXXV prevê que nenhuma ameaça ou lesão de direito pode ser subtraída da apreciação judicial. A garantia constitucional do direito de ação significa que todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional *adequada*. Por tutela adequada deve-se entender a tutela que confere efetividade ao pedido, sendo causa eficiente para evitar-se a lesão (ameaça) ou causa eficiente para reparar-se a lesão (violação)

De outro lado, Alvim (2010, p. 850) ao referir-se à necessidade das tutelas de urgência em nosso ordenamento jurídico, faz a ligação com o acesso à justiça:

Há, nos últimos tempos, no Brasil, de uma forma especial, uma tendência acentuada de, por intermédio da lei – na medida em que a lei pode realmente constituir-se numa variável em favor da celeridade do processo, *especialmente com vistas à satisfação do autor* –, engendram-se institutos com esta finalidade de *precipitar n tempo a satisfação da pretensão*. *A decisão proferida dentro de um sistema, mais célere, em que se prescindia de audiência, sem lesão às partes, corresponde à ambição generalizada de uma justiça mais célere. A demora dos processos é um mal universal*. Essa tendência continuada dos legisladores, de tentarem agilizar a Justiça, tem sido a resposta correspondente ao grande aumento do acesso à Justiça, mercê do qual o aparato estatal tradicional, seja tendo em vista o seu tamanho, a sua eficiência, não tem logrado atender com a rapidez desejável. [...] Ao lado da desejável aspiração geral à celeridade de Justiça, tornou-se muito mais aguda a necessidade de tutelas de urgência, em nossa civilização (industrializada e de massa, com autêntica multiplicação de situações de emergência), pelos multiformes danos que podem ocorrer.

Não obstante, verifica-se que para ser atingida a prestação jurisdicional justa, adequada ou efetiva (dependendo de cada autor), têm-se que são necessárias medidas processuais e que, algumas delas são as tutelas de urgência, que são o gênero, e a tutela antecipatória e a tutela cautelar como suas espécies (JÚNIOR, 2008, p. 660), as quais serão abordadas a seguir.

4.2 Tutela Antecipatória e Tutela Cautelar

Precipuamente cabe destacar a origem da introdução da tutela antecipatória na legislação processual civil vigente.

A tutela antecipada encontra-se prevista no art. 273, do CPC:

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

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 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. (BRASIL, 2010-G).

O dispositivo acima foi inserido no Código de Processo Civil com o advento da Lei nº 8.952/1994, a qual alterou alguns dispositivos sobre o processo de conhecimento e o processo e, sobre este assunto aborda Theodoro Júnior (2008, p. 663):

Com a reforma de 1994, o legislador pátrio eliminou a controvérsia sobre ser ou não legítimo o uso do poder cautelar atípico para antecipar a tutela de mérito. A partir de então, restou consagrada a possibilidade de ser antecipado, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva, desde, é claro, que se atendam aos requisitos indispensáveis enunciados pelo atual art. 273 do CPC. Isto, porém, não se por meio de ampliação do poder geral de cautela, e sim por criação de um novo remédio processual, introduzido dentro do próprio processo de conhecimento.

Sobre a inserção da tutela antecipatória em nossa legislação processual civil também lecionam Marinoni e Aranhart (2010, p. 61):

A necessidade de tutela antecipatória, evidenciada mediante o uso distorcido da técnica cautelar para obtenção da tutela que, em princípio, apenas poderia ser concedida ao final do processo de conhecimento, levou o legislador a inserir novas regras nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil. Estas normas abriram oportunidade para o requerimento de tutela antecipatória, em caso de *periculum in mora*, diante de qualquer espécie de situação material litigiosa. A alteração do Código de Processo Civil foi necessária não apenas em razão das novas situações de direito material, que se mostraram carentes de tutela antecipatória, mas principalmente porque a doutrina e os tribunais não admitiam a prestação da tutela satisfativa fundada em cognição sumária, com base na técnica cautelar.

Por outro lado a tutela cautelar encontra-se amparada no Livro III do Código de Processo Civil, sobre a intitulação “Do Processo Cautelar”, dos arts. 796 a 812. (BRASIL, 2010-G).

Acerca das diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, leciona Theodoro Júnior (2008, p. 660):

O que, no sistema de nosso Código de Processo Civil, distingue as espécies “tutela cautelar” e “tutela antecipada”, é o terreno sobre o qual a medida irá operar. As medidas cautelares são puramente processuais. Preservam a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, entretanto, antecipar resultados de ordem de direito material para a parte promovente (são apenas conservativas). Já a tutela antecipatória proporciona à parte medida provisoriamente satisfativa do próprio direito material cuja realização constitui objeto da tutela definitiva a ser provavelmente alcançada no provimento jurisdicional de mérito.

Por outro lado, aduz Theodoro Júnior acerca do ponto em comum que há entre as duas espécies de tutelas de urgência (2008, p. 669):

Medida cautelar (conservativa) e medida antecipatória (satisfativa) são espécies distintas *de um mesmo gênero* – a *tutela de urgência* – porque ambas têm em comum a força de quebrar a sequência normal do procedimento ordinário, ensejando sumariamente provimentos que, em regras, só seriam cabíveis depois do acerto definitivo do direito da parte. Subordinam-se, todavia, a requisitos e procedimentos distintos e tendem a resultados diversos.

Continuando a exposição acerca das diversidades existentes entre as espécies de tutelas de urgência, expõem Marinoni e Arenhart (2010, p. 61) que a tutela cautelar tem por objetivo a segurança, a garantia da fruição do direito material pleiteado, valendo-se, para alcançar tal fim, de instrumentos e referências. Em contrapartida, a tutela antecipatória visa à satisfação do direito material, não sendo

um instrumento de uma outra tutela ou se referindo a um outro pedido, de forma que é respaldada na verossimilhança, o que, como na tutela cautelar, não significa que seja imutável.

Em linhas gerais, Marinoni e Arenhart (2010, p. 61-62) aduzem porque a tutela cautelar e a tutela antecipatória se confundem:

A tutela antecipatória se confunde com a tutela cautelar apenas quando se frisa a característica da provisoriedade. Porém, o elemento provisoriedade serve, no máximo, para caracterizar a decisão que concede a tutela no curso do processo, jamais a tutela em si. Não há tutela antecipatória provisória ou tutela cautelar provisória. [...] Provisória, assim, é a decisão tomada com base em cognição sumária. A decisão provisória não se contrapõe à *tutela* final, mas sim à *decisão* final, isto é, à sentença. A tutela final pode ser *assegurada* pela tutela cautelar ou *satisfeita* (antecipada) pela tutela antecipatória.

Em comentário ao dispositivo da tutela antecipatória, lecionam Nery Junior e Nery (2010, p. 547-548) que:

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero *tutelas de urgência*, é providência que tem natureza jurídica *mandamental*, que se efetiva mediante *execução* lato sensu, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem a vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. [...] A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem assegurar a viabilização da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor).

Asseveram por sua vez Medina, Araújo e Gajardoni (2010, p. 40-41) que na tutela antecipatória ocorre a chamada satisfação fática, que seria o mesmo que fruir da decisão definitiva de mérito pleiteada, mesmo que provisoriamente, enquanto que na tutela cautelar não ocorre esta satisfatividade. O que ocorre, desta forma, com a tutela cautelar é a garantia, a conservação da situação de fato ou de direito sobre a decisão de mérito que há por vir. Por isso é que os referidos autores caracterizaram a tutela antecipatória de “tutela satisfativa” e a tutela cautelar de “tutela conservativa”.

Indo mais além, lecionam Wambier, Almeida e Talamini (2007, p. 37) no sentido de que:

[...] para que se esteja diante de medida de natureza cautelar, é necessário que não se pleiteie, através dela, providência *igual* à principal: assim, segundo alguns, o art. 273, I, não seria cautelar porque o que se pleiteia, com fulcro nesse dispositivo, é a própria tutela (antecipada). Só seria cautelar a medida quando por meio dela se pleiteasse providência diferente daquela que se pediu *principaliter*. Exemplo típico desta situação é o arresto [...] em que se faz o pedido de bloqueio dos bens cujo valor é suficiente para saldar o débito, sendo que, na ação principal, se objetiva o próprio pagamento.

Acerca da natureza jurídica da tutela antecipatória, assevera Rodrigues (2010, p. 824):

A natureza jurídica da tutela antecipatória é de provimento judicial com eficácia mandamental ou executiva *latu sensu* (ou executiva pura, nos termos do que foi dito alhures). Isso porque permite a um só tempo não apenas a entrega antecipada e provisória do próprio mérito ou de seus efeitos, como também a efetivação imediata dessa tutela. Justamente porque é dada com base na urgência e na busca da efetividade, é mister que exista, sempre que possível, a imediata satisfação do efeito fático de mérito antecipado. Exatamente por isso, por via da tutela antecipada dos efeitos de mérito o juiz emite um provimento que deverá ser imediatamente cumprido pelo réu ou, em contrapartida, se não for cumprido por ele, seja feito às suas expensas.

Silva (1996, p. 56) utiliza-se das formas de execução para diferenciar a tutela cautelar da antecipatória:

Para compreender melhor a natureza da tutela de simples segurança (cautelar), é necessário distingui-la das formas de execução provisória, segundo produza a atividade jurisdicional como resultado uma simples “segurança-da-acusação”. Quem executa para segurança antes de mais nada *executa*, ao contrário de quem apenas *assegura* uma futura execução.

De outro lado assevera Theodoro Júnior (2008, p. 494):

Não se pode, evidentemente, entender o processo cautelar senão ligado a um outro processo, uma vez que as medidas preventivas não são *satisfativas*, mas apenas *conservativas* de situações necessárias para que o processo principal alcance resultado realmente útil. É instrumental a função cautelar, porque não se liga à declaração de direito, nem promove a eventual realização dele; e só atende, provisória e emergencialmente, a uma necessidade de segurança, perante uma situação que se impõe como relevante para a futura atuação jurisdicional definitiva. As medidas urgentes de natureza satisfativa regem-se pelo instituto da antecipação de tutela (arts. 273 e 461).

Quanto às características do processo cautelar, em que há a concessão das medidas cautelares, estas são justificadas pelos pressupostos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*:

A expressão *fumus boni iuris* significa aparência de bom direito, e é correlata às expressões cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou perfunctória. Quem decide com base em *fumus* não tem conhecimento pleno e total dos fatos e, portanto, ainda não tem certeza quanto a qual seja o direito aplicável. Justamente por isso é que, no processo cautelar, nada se decide acerca do direito da parte. Decide-se: se A tiver o direito que alega ter (o que é provável), devo conceder a medida pleiteada, sob pena do risco de, não sendo ela concedida, o processo principal não poder ser eficaz (porque, por exemplo, o devedor não terá mais bens para satisfazer o crédito). Esta última característica de que acima se falou (o risco) é o que a doutrina chama de *periculum in mora*. É significativa da circunstância de que ou a medida é concedida quando se a pleiteia ou, depois, de nada mais adiantará a sua concessão. O risco da demora é o risco da ineficácia. (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 36).

No mesmo sentido, acerca do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, assevera Theodoro Júnior (2008, p. 712):

Pelo *fumus boni iuris*, reclama-se do requerente a demonstração de *aparência de um direito subjetivo* envolvido no litígio; e pelo *periculum in mora* entende-se o risco de um dano grave e de difícil reparação, suportado pelo mesmo direito, caso tenha de aguardar o desfecho definitivo do processo. Disso decorre um perigo de inutilização do próprio processo, já que, ainal, o provimento em prol do direito subjetivo da parte, depois de consumada a lesão, cairia no vazio, tornando-se uma inutilidade prática. O remédio processual perseguido e deferido à parte não teria eficácia para cumprir sua função tutelar perante a situação jurídica material deduzida em juízo.

De outro lado, com relação aos pressupostos para a concessão da tutela antecipada, aduz então, Theodoro Júnior (2008, p. 690) acerca da prova inequívoca e da verossimilhança:

O que se prevê no art. 273 (*caput*) é a permissão. Diante de “prova inequívoca” do direito do autor e do convencimento do órgão judicial quanto à verossimilhança da alegação”, para que se antecipem, no todo ou em parte, “os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”. Além desses dados relativos à prova, a lei estabeleceu outros pressupostos positivos e negativos, sem os quais a medida excepcional não se legitimará. Assim, como pressupostos positivos, exige-se a ocorrência de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I) ou de “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II). Como

pressuposto negativo, a exigência legal é a da irreversibilidade do provimento antecipado” (art. 273, § 2º).

Chama a atenção Theodoro Júnior (2008, p. 680), ainda, para a importância que se deve dar aos pressupostos da tutela antecipada, tendo em vista que, como se trata de medida satisfativa, tem-se que ter um maior cuidado quando da sua concessão; além da aparência do bom direito (*fumus boni iuris*), pressuposto para a concessão das medidas cautelares, há a necessidade da existência da prova inequívoca.

Ressalta, ainda, Theodoro Júnior (2008, p. 685), que: “[...] a tutela cautelar contenta-se com o *fumus boni iuris*, enquanto a tutela antecipada somente pode apoiar-se em *prova inequívoca*”.

Expõe, ainda, Theodoro Júnior (2008, p. 712-713), acerca dos pontos que aproximam e afastam as tutelas cautelares e antecipatórias:

[...] há grande similitude de pressupostos entre as medidas cautelares e as de antecipação de tutela que permite classificar ambas como destinadas a assegurar a eficácia da prestação jurisdicional mas reservando a cada uma delas um campo de atuação próprio e distinto. Enquanto a medida cautelar foge da preocupação de satisfazer precocemente o direito material da parte, contentando-se em preservar a idoneidade genérica do processo para atingir seu escopo, a medida antecipatória, ao contrário, é eminentemente satisfativa e se defere com declarado propósito de assegurar ao litigante, antes do encerramento do processo, aquilo que seria inerente aos efeitos práticos da situação material emergente da sentença final de mérito, isto é, da sentença de procedência do *pedido*.

Por derradeiro, acerca da importância da previsão das tutelas de urgência em nosso ordenamento jurídico para o efetivo acesso à justiça ensina Theodoro Júnior (2008, p. 669):

No estágio atual das garantias constitucionais do processo, exercem as tutelas de urgência relevantíssimo papel tendente a promover a plenitude do *acesso à Justiça* e a assegurar a *efetividade* da tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo. Não podem, por isso, ser vistas como simples faculdade que o juiz possa usar ou não, de maneira discricionária. As liminares, que antes existiam apenas para alguns procedimentos especiais de conhecimento, sofreram generalizações com a reforma do CPC, que instituiu a possibilidade emergencial de antecipar efeitos do futuro julgamento do mérito da causa, em qualquer procedimento (arts. 273 a 461).

Compreendidas as tutelas de urgência e suas espécies, passa-se ao estudo da concessão de liminares em nossa legislação processual civil pátria.

4.3 A Concessão de Liminares em Processo Civil

De início cabe destacar que liminar não é o mesmo que medida de urgência ou que se deve compará-la a apenas uma medida cautelar. Neste sentido leciona Theodoro Júnior (2008, p. 660-661):

Liminar, lexicamente, é um adjetivo que atribui a algum substantivo a qualidade de *inicial*, preambular, vale dizer “é tudo aquilo que se situa no início, na porta, no limiar”. Na linguagem jurídica, usa-se a expressão “liminar” para identificar qualquer medida ou provimento tomado pelo juiz na abertura do processo – *in limine litis* – vale dizer: liminar é o provimento judicial emitido “no momento mesmo em que o processo se instaura”. [...] A rigor, portanto, liminar qualifica qualquer medida judicial tomada antes do debate em contraditório do tema que constitui o objeto do processo, e nessa categoria entrariam os diversos provimentos, inclusive os de saneamento do processo, como os tendentes a suprir defeitos da petição inicial ou a propiciar-lhe emendas, antes da contestação do réu, e outras como a concessão de prazo ao advogado do autor para que exhiba posteriormente, e em prazo certo, o mandato *ad judícia* que, pela urgência do aforamento da causa, não pôde ser previamente obtido. Até mesmo o indeferimento da petição inicial, quando totalmente inviável o ajuizamento da demanda, pode-se ter como medida de caráter unilateral e liminar. [...] Para ter-se configurada uma liminar, nada importa que a manifestação judicial expresse um juízo cognitivo, executório, cautelar ou até mesmo administrativo, ou te antecipação da apreciação do *mérito causae*. O critério a observar, para esse fim, portanto, é o temporal ou de lugar no tempo, dentro da seqüência dos atos que compõe a cadeia processual. Incorreta, portanto, a tentativa de confundir sempre a natureza das liminares com a das medidas cautelares.

De forma mais abreviada, Nery Júnior e Nery (2010, p. 1169), em comentários ao Código de Processo Civil, chamam a atenção para que não se confundam medida liminar e medida cautelar, frisando que:

[...] A medida liminar constitui-se sempre como antecipatória dos efeitos fáticos da sentença, ao contrário da medida cautelar, que pode ou não apresentar caráter antecipatório. As medidas cautelares somente podem ser concedidas pelo juiz dentro de uma ação cautelar, ao contrário da liminar, que pode ser concedida em vários tipos de ação, como, por exemplo, na ACP, no MS, na ação possessória, na ação de nunciação de obra nova e na própria ação cautelar.

Medina, Araújo e Gajardoni (2010, p. 112) conceituam liminar como sendo: [...] qualquer medida que o juiz conceda, em cognição sumária, no início do

processo, antecipando o que somente seria outorgado pela sentença ao final, seja a medida de natureza cautelar (garantia) ou antecipatória (satisfativa).

Por outro lado, Nery Júnior e Nery (2010, p. 1169) conceituam liminar da seguinte forma: “É medida de antecipação provisória de alguns dos efeitos da tutela pretendida de forma principal (*principaliter*), efeitos estes que repercutem no plano fático”.

Verifica-se, ainda, que as liminares, conforme leciona Rodrigues (2010, p. 830) são decisões interlocutórias e, como tais, são provisórias, podendo, assim, serem revogadas e alteradas por decisão posterior, bastando o surgimento de novas provas ou fatos.

Continuando o estudo das liminares em nossa legislação processual civil, observam Medina, Araújo e Gajardoni (2010, p. 112) acerca da natureza das referidas medidas:

Regra geral, têm natureza cautelar as liminares concedidas em processo cautelar e natureza antecipatória as concedidas em processo de conhecimento. Contudo, tal enunciado não é de todo correto, já que: (a) a fungibilidade entre as cautelares e antecipatórias (art. 273, § 7º, do CPC) permite ao magistrado conceder incidentalmente ao processo de conhecimento liminares de natureza cautelar; e (b) há situações em que se autoriza a concessão de medidas cautelares incidentalmente ao processo, independentemente da instauração de processo cautelar autônomo, como na ADIn (art. 170 do Regimento Interno do STF), nas ações civis públicas (art. 12 da Lei 7.347/1985) ou para atribuir efeito suspensivo ao RE e REsp.

Compreendido o conceito das liminares, passa-se a uma breve noção do que a doutrina denominou de “contracautela”, que é a possibilidade de o juiz, de ofício, exigir caução para a concessão de liminar (MEDINA; ARAÚJO, GAJARDONI, 2010, p. 114).

Tal condicionamento para deferimento de liminar encontra-se previsto no art. 804, 2ª parte, do CPC (BRASIL, 2010-G), *in verbis*:

É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação 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.

Em explanação ao referido dispositivo, aduzem Junior e Nery (2010, p. 1170) que a previsão da prestação de caução como condicionante à concessão de

liminar visa: “[...] garantir a efetiva indenização dos prejuízos que eventualmente o requerido venha a sofrer, nos casos enumerados no CPC 811 [...]”.

Ademais, ressaltam Medina, Araújo e Gajardoni (2010, p. 115) que tanto o deferimento quanto o indeferimento da medida liminar devem ser fundamentados por força do princípio da motivação das decisões judiciais. O referido princípio encontra previsão constitucional no artigo 93, inciso 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. (BRASIL, 2010-A).

Acerca da motivação das decisões, Nery Júnior esclarece que:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação *substancial* e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que, “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação. (NERY JÚNIOR, 2009, p. 286-287).

Compreendido o conceito, cabimento e condicionamento das liminares em sede de processo civil, passa-se ao seu estudo em sede de mandado de segurança.

4.4 A Concessão de Liminares em Mandado de Segurança e o Acesso à Justiça

A previsão da concessão de liminares em mandado de segurança encontra-se respaldada no art. 7º, da Lei nº 12.016/2009 (BRASIL, 2010-E), *in verbis*:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

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;

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.

§ 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.

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

§ 3º Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.

§ 4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Consoante a este dispositivo, de maneira geral, analisa Ribeiro Dantas (2010, p. 117) que o legislador nele expressou as características do mandado de segurança, de forma que são apresentadas as providências iniciais do *mandamus* e, cuida, principalmente, da concessão de liminar com a possibilidade de ser exigida caução, fiança ou depósito para que seja assegurado o ressarcimento à pessoa jurídica.

Prosseguindo na análise referente à concessão de liminar na nova legislação do mandado de segurança, traz-se o inciso II, art. 7º, da Lei 1.533/1951 (BRASIL, 2010-F), *in verbis*: “que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”.

Em comentário ao aludido dispositivo, aduz Ribeiro Dantas (2010, p. 135-136) que o dispositivo da nova lei é basicamente o mesmo, entretanto acrescido da faculdade de o juiz poder exigir do impetrante caução, fiança ou depósito para a concessão da liminar.

Em estudo ao instituto do mandado de segurança frente ao princípio do acesso à justiça, assevera Ferraz (2002, p. 755-756) entendem que tal instituto representa o meio mais célere e econômico ao acesso à justiça frente aos abusos estatais, de modo a não se admitir que doutrina e jurisprudência restrinjam seu alcance.

Assevera Ferraz (2002, p. 756) ainda, que diante da importância apresentada pela ação do mandado de segurança, cabe ao intérprete, jurista ou juiz, não diminuí-lo ou poupá-lo quando da sua concessão, pois o risco não está em vulgarizá-lo, mas em asfixiá-lo diante do medo de seu real alcance e potencialidade.

A nova lei do mandado de segurança, a Lei nº 12.016/09, trouxe consideráveis alterações, de forma que algumas delas chegam a vedar ou, no mínimo, dificultar o acesso ao Poder Judiciário, conforme entendimento de Brito (2009).

Uma das primeiras análises acerca do dispositivo que previu a possibilidade de exigência de contracautela para concessão de liminar em mandado de segurança, foi o entendimento de Araújo e Medina, segundo os quais a Lei nº 12.016/09 não forneceu a importância devida ao instituto do mandado de segurança em principalmente no que tange à concessão de liminares, haja vista a faculdade de ser exigida a prestação de garantia ao impetrante, em suas palavras:

A lei contém, ainda, restrições à concessão de liminares (cf. art. 7.º) que, segundo nosso entendimento, são injustificáveis e não fazem jus à dimensão constitucional do mandado de segurança. A lei também impôs sua aplicação às hipóteses referidas nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil (cf. art. 7.º, § 5.º). Há outros problemas na Lei 12.016/09. Mas os exemplos mencionados demonstram que a importância da ação de mandado de segurança não recebeu o tratamento esperado por parte do legislador, o qual não se preocupou em harmonizar o texto legal com a evolução crescente da jurisprudência existente sobre a matéria. Entendimentos consolidados nos tribunais superiores, alguns até mesmo sumulados, a respeito dos quais pouca — ou nenhuma — controvérsia havia na doutrina, acabaram não sendo integralmente considerados pela nova lei (ARAÚJO; MEDINA, 2009).

De outro lado, outros autores manifestaram-se acerca do dispositivo ora estudado e, em uma análise mais aprofundada, verifica-se, conforme aduz Bueno (*apud* RIBEIRO DANTAS, 2010, p. 118-119) que:

[...] a nova lei também consolidou a parte menos nobre do mandado de segurança, aquela que, de acordo com a melhor doutrina que se formou sobre o assunto, critica — e o faz veemente institutos como a 'caducidade' da medida liminar; a exigência de cauções para a concessão de medida liminar; a vedação pura e simples, da execução provisória em mandado de segurança toda vez que a liminar for vedada; a necessidade de desistência do mandado de segurança coletivo, e assim por diante. Todos esses pontos, dentre tantos outros, *restritivos* a olhos vistos, foram *também* consolidados na nova legislação a impor, por isso mesmo, exame cuidadoso e crítico de seu intérprete e aplicador.

Cerqueira (2009, p. 87), acerca da concessão de liminar em sede de mandado de segurança faz um comparativo de sua natureza às espécies de tutelas de urgência:

A concessão da medida liminar será de rigor quando o fundamento do pedido for relevante e estiver presente o risco de ineficácia do provimento final a ser concedido. O dispositivo evidencia a natureza preponderantemente cautelar da decisão liminar, que em regra assegura a eficácia do provimento final, sendo que em alguns casos pode ganhar feições de antecipação da tutela, autorizando inclusive a execução provisória. Porém, a partir de uma interpretação sistemática, se houver risco de irreversibilidade, fática e não jurídica, já que a caução não será suficiente para permitir a volta à situação fática anterior à concessão da liminar.

O mesmo autor, em comentário à possibilidade de se exigir do impetrante caução, fiança ou depósito para a concessão de liminar, aduz que:

Ao prever a possibilidade de o magistrado exigir garantia do impetrante para reparação dos prejuízos causados com a execução da liminar, o legislador adotou a mesma sistemática do Código de Processo Civil que estabelece a responsabilidade objetiva pela execução da medida liminar no processo cautelar (art. 811 do CPC) e pela execução provisória (art. 475-O, I, do CPC). Mas a exigência da prestação de garantia não é obrigatória e não poderá ser imposta, via de regra, como requisito para a concessão da liminar, principalmente nos casos em que se verificar a hipossuficiência do impetrante. A exigência só se admitirá como requisito para a concessão da liminar nos casos em que o magistrado puder vislumbrar a possibilidade de ocorrência de prejuízos com a execução da medida liminar, sendo imprescindível a adequada fundamentação para tanto (art. 93, IX da CF/1988), inclusive com a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de que não reste caracterizada violação às garantias constitucionais de pleno acesso à Justiça e de tutela jurisdicional de urgência. (CERQUEIRA, 2009, p. 87-88)

Medina e Araújo (2009, p. 119) acerca da concessão de liminar em sede de mandado de segurança, também fazem um comparativo de sua natureza às espécies de tutelas de urgência, afirmando:

Em todo caso, o provimento de urgência previsto pelo art. 7º, III, poderá assumir tripla configuração: 1) liminar cautelar; 2) liminar antecipatória; ou 3) liminar satisfativa. Tudo dependerá das eficácias sentenciais que forem agregadas ao comando mandamental (declaratória, constitutiva, condenatória). Em determinadas situações a liminar será satisfativa e esgotará o objeto do pedido, como na liminar para fornecimento de medicamento. Em outro exemplo pode-se visualizar a natureza de antecipação de tutela no *mandamus*, como no pedido de reintegração provisória do servidor ao cargo. E, por fim, a liminar poderá assumir contorno cautelar quando tenha como objetivo agregar eficácia suspensiva à exigência do crédito tributário.

Acerca do assunto, concluem os mesmos autores (MEDINA; ARAÚJO, 2009, p. 120) que a concessão de liminar em mandado de segurança se aproxima mais da tutela antecipada, tendo em vista a necessidade da prova inequívoca que se deve apresentar para fins de respaldar o direito pleiteado, o qual deve configurar-se como líquido e certo.

Ainda, Medina e Araújo (2009, p. 126-127) em comentário à possibilidade de se exigir do impetrante caução, fiança ou depósito para a concessão de liminar, aduzem que:

A exigência de prestação de caução, no entanto, poderá ser mitigada, à luz das circunstâncias do caso. A própria execução provisória prevista pelo art. 475-O dispensa a caução para as verbas de natureza *alimentar*. Uma análise mais acurada da questão revela que os bens jurídicos tutelados – alimentos (direito à vida) *versus* poder público (interesse público) – não permitiriam a restrição da concessão das liminares para estas situações (proporcionalidade estrita). Pode-se estar, ainda, diante de caso em que o impetrante não tenha condições financeiras de prestar a caução, mas tenha, a despeito disso, demonstrado a existência de ato ilegal ou abusivo, que viole “direito líquido e certo”.

De outro lado, Ribeiro Dantas (2010, p. 136) não considera nova a previsão da possibilidade de exigência de caução, fiança ou depósito em mandado de segurança, senão vejamos:

Mais uma hipótese em que há uma suposta novidade nem tão nova assim, porque a Lei 2.410, de 1995, ao regular os mandados de segurança para desembarços de bens oriundos do estrangeiro, mandava, em seu art. 3º, *b*, que eles, mesmo concedidos pelo juiz de primeiro grau, só seriam executados mediante fiança bancária idônea ou caução em títulos da dívida pública. Disposição similar continha a Lei 2.770, de 1956, em seu art. 2º, §§ 1º e 2º. Certo que, nesses casos, o caucionamento era para a execução, não para a liminar (nessas hipóteses inteiramente proibida), mas a idéia da contracautela a bem da entidade pública já existia, e sua aplicação às liminares poderia se dar até em face do argumento a *maiore ad minus*. Por outro lado, não era incomum se ver, no dia a dia do foro a determinação de contracautela em liminares de mandado de segurança, pela aplicação subsidiária ao processo deste, do art. 804 do CPC. Entretanto, com o advento da Lei 12.016, esse dispositivo de seu art. 7º, III, foi taxado por alguns de inconstitucional, embora nenhum dos comentaristas da nova lei a que tivemos acesso tenha expressado tal opinião, até porque

Também, o mesmo autor, Ribeiro Dantas (2010, p. 136) não considera a possibilidade de se exigir esta contracautela inconstitucional, justificando esta postura por se tratar esta nova previsão (não tão nova assim, como assevera), de uma faculdade que deve ser avaliada prudentemente pelo magistrado.

Ribeiro Dantas (2010, p. 136-137) teceu crítica contra a ação direta de inconstitucionalidade ingressada pela Ordem dos Advogados do Brasil face ao art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, afirmando que violam os artigos 2º e 5º, incisos XXXV e LXIX, da Constituição Federal, em suas palavras a justificativa da censura:

[...] não enxergamos inconstitucionalidade no caso. Entretanto, lamentamos que o legislador tenha se preocupado em explicitar essa possibilidade de caução, fiança ou depósito, se ela já era possível diante das normas processuais aplicáveis subsidiariamente, e se efetivamente pode induzir magistrados inseguros a instituir tal requisito para a liminar em situações que, silente a lei específica, sequer-se lembrariam de estabelecer. Na jurisprudência sob regime legal anterior, muitas vezes os juízes vislumbravam riscos para o ente público, mas ainda assim deferiam liminares sem caução, em face de circunstâncias como a patente ou imensa ilegalidade ou abusividade do ato, a natureza da prestação ou a insuficiência financeira do impetrante. Imaginamos que ela não venha a se alterar.

Por derradeiro, faz-se exposição do ensinamento de Bueno (*apud* RIBEIRO DANTAS, 2010, p. 137) acerca do assunto:

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 terceira opção entre estarem ou não presentes aqueles pressupostos, como se a viabilidade das 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.

Destarte, verifica-se que há autores que entendem a nova previsão do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009 como afronta ao princípio do acesso à justiça e, por conseguinte, uma afronta à Constituição, entretanto, há os autores que asseveram não ser esta previsão inconstitucional, por ser uma faculdade do magistrado, devendo ser analisada no caso concreto.

5 CONCLUSÃO

Foi observada a importância conferida ao mandado de segurança em nosso ordenamento jurídico e, sendo assim, qualquer alteração em seu procedimento deve ser rigorosa e atentamente analisada.

Com o advento da Lei nº 12.016/2009, surgiram, ao mesmo tempo, inúmeras manifestações acerca da constitucionalidade ou não de alguns de seus dispositivos.

Um dos dispositivos veementemente criticados pela doutrina e que, inclusive, foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Ordem dos Advogados do Brasil (ADI nº 4.296), foi o artigo 7º, inciso III, da referida lei, o qual trata da discricionariedade do magistrado ao conceder liminares mediante a prestação de caução, fiança ou depósito, objetivando ressarcir a pessoa jurídica em havendo prejuízo.

No transcorrer deste trabalho foi abordado o princípio do acesso à justiça e as tutelas de urgências, de forma que, relacionados ao citado dispositivo entende-se que não há prejuízo ao jurisdicionado no que tange à sua busca pela justiça adequada.

Tal assertiva encontra respaldo no próprio dispositivo porque não se trata de uma imposição e, tampouco, de um requisito do legislador para somente conceder a liminar mediante a prestação de contracautela, mas sim de uma discricionariedade concedida ao magistrado.

Esta discricionariedade permitirá ao julgador analisar cada caso concreto e verificar de plano as condições financeiras e econômicas do jurisdicionado para não recair em injustiça.

Por outro lado, verifica-se que o legislador adotou a mesma sistemática do Código de Processo Civil no processo cautelar e pela execução provisória. E, ademais, verifica-se que a prestação de caução, fiança ou depósito, só será admitida como requisito para a concessão da liminar nos casos em que for vislumbrada a possibilidade de ocorrência de prejuízos à pessoa jurídica, de forma que aqui se estampa a prevalência do público sobre o particular.

Destarte, verifica-se que o legislador agiu por bem ao prever esta discricionariedade ao magistrado que é quem, na prática, irá analisar o cabimento da concessão de liminar em mandado de segurança, como ação de cunho constitucional que é e, não se olvidando, como foi estudado nas tutelas de urgência, que a demora em sua deferência pode resultar no detrimento do bem que se quis tutelar e que foi o objeto da procura pela justiça mais apropriada.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARAÚJO, Fábio Caldas; MEDINA, José Miguel Garcia. **Nova lei de mandado de segurança contraria CF**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-18/lei-mandado-seguranca-contraria-direito-seguranca>>. Acesso em: 01 set. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 13 out 2010-A.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em 16 jul 2010-B.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em 29 out 2010-C.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm> Acesso em: 23 set 2010-D

_____. Lei nº 12.016, de 7 de Agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm> Acesso em: 28 out 2010-E.

_____. Lei nº 1.533, de 31 de Dezembro de 1951. **Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L1533.htm>> Acesso em: 28 out 2010-F.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em: 13 out 2010-G.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRITO, André Oliveira. **Comentários sobre a nova lei do mandado de segurança**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13326/comentarios-sobre-a-nova-lei-de-mandado-de-seguranca>> Acesso em 08 set 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. Art. 7º. In: JUNIOR, Luiz Manoel Gomes et al. (org). **Comentários à nova lei do mandado de segurança**: lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CRUZ, Luana Pedroso de Figureiredo. Art. 1º. In: JUNIOR, Luiz Manoel Gomes et al. (org). **Comentários à nova lei do mandado de segurança**: lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança e acesso à justiça. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

ICIZUKA, Atílio de Castro. **O Princípio constitucional do acesso à justiça e a limitação das liminares em mandado de segurança**. Disponível em <https://www6.univali.br/tede/tde_arquivos/5/TDE-2009-10-08T093237Z-532/Publico/Atilio%20de%20Castro%20Icizuka.pdf> Acesso em: 05 set 2010.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Artigo 1º. In: FILHO, Napoleão Nunes Maia; ROCHA, Caio César Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org). **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Artigo 6º. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio César Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org). **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Mandado de segurança**. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: (processo civil, penal e administrativo). 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de segurança e o controle jurisdicional**: mandado de segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIZZOL, Patrícia Miranda. A Tutela Antecipada nas Ações Coletivas como Instrumento de Acesso à Justiça. **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PORT, Marli Eulália. **Acesso à justiça**: aspectos constitucionais e processuais. Disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070715acesso_marli.php#ref2> Acesso em 23 set 2010.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. Artigo 7º. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio César Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org). **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil v. 3**: processo cautelar (tutela de urgência). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. Artigo 12. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio César Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org). **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil v. 3**: processo cautelar e procedimentos especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

