

SÍLVIA SAYURI OKAJIMA

**APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL EM MANDADO DE SEGURANÇA**

COGEAE

Curso de Especialização em Processo Civil

2014

SÍLVIA SAYURI OKAJIMA

**APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL EM MANDADO DE SEGURANÇA**

Monografia para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor José Maria Câmara Júnior.

SÍLVIA SAYURI OKAJIMA

**APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL EM MANDADO DE SEGURANÇA**

Aos meus pais, pelo exemplo de vida: amor,
carinho, dedicação.

Às minhas irmãs, pela amizade e companhia.

Ao meu esposo, pela sua existência.

À minha filha: razão de meu viver.

Ao Professor Doutor José Maria Câmara Júnior, meu sincero agradecimento pelos ensinamentos e paciência.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a discussão acerca da aplicação da multa prevista no art. 461 do Código de Processo Civil em mandado de segurança.

Para o desenvolvimento do tema, inicialmente, analisa aspectos relevantes da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, da multa coercitiva do art. 461 do CPC e do mandado de segurança, para, da análise dos referidos institutos, concluir-se pela aplicação ou não da “multa diária” do art. 461 do Código de Processo Civil ao mandado de segurança.

ABSTRACT

The present study aims at the discussion on the application of the fine provided for in art. 461 of the Code of Civil Procedure in an injunction.

To develop the theme initially examines relevant aspects of specific performance of the obligations of do's and don'ts, the coercive fine art. 461 of the CPC and the injunction to the analysis of such institutes, concluded by the application or not of "daily fine" art. 461 of the Code of Civil Procedure to the injunction.

SUMÁRIO

1. Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não-Fazer

1.1. Noções introdutórias

1.1.1. Obrigação de fazer e de não fazer

1.1.2. Das diversas espécies de execução

1.1.3. Tutela específica

1.1.4. A tutela específica e as providências que assegurem resultado prático equivalente

1.2. Execução das obrigações de fazer e não fazer – Cumprimento de sentença

1.2.1. Considerações iniciais

1.2.2. Mecanismos de efetivação da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente (“medidas de apoio”)

1.2.3. Conversão em perdas e danos

1.2.4. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional

1.2.5. Aspectos procedimentais do cumprimento de sentença das obrigações de fazer e não fazer

2. Multa diária do art. 461 do CPC

2.1. Noções introdutórias

2.1.1. Mecanismos para compelir o devedor a cumprir a obrigação

2.2. Multa coercitiva

2.2.1. Natureza jurídica

2.2.2. Momento da fixação e duração da multa

2.2.3. Exigibilidade da multa

2.2.4. Valor da multa

2.2.5. Alteração do valor e da periodicidade da multa

2.2.6. Destinatário da multa

2.3. O art. 461 e a Fazenda Pública

2.4. O art. 461 e a defesa do executado.

3. Mandado de Segurança

3.1. Introdução

- 3.2. Conceito
- 3.3. Natureza da ação
- 3.4. Legitimação
 - 3.4.1. Legitimação ativa ordinária
 - 3.4.2. Legitimação ativa extraordinária
 - 3.4.3. Legitimação passiva
 - 3.4.4. Legitimidade recursal
- 3.5. Ato de autoridade judicial
- 3.6. Direito líquido e certo
- 3.7. Prova documental
- 3.8. Prazo para impetração do mandado de segurança
- 3.9. Competência
- 3.10. Procedimento
 - 3.10.1. Petição inicial
 - 3.10.2. Revelia
 - 3.10.3. Ministério Público
 - 3.10.4. Sentença e recurso
- 3.11. Liminar
 - 3.11.1. Requisitos
 - 3.11.2. Direito à liminar e caução
 - 3.11.3. Recurso contra a decisão da liminar
 - 3.11.4. Vedações à liminar
 - 3.11.5. Duração dos efeitos da liminar
 - 3.11.6. Suspensão da liminar
- 3.12. Sentença e coisa julgada
 - 3.12.1. Efeitos da sentença em mandado de segurança
 - 3.12.2. Coisa julgada formal e material

4. Possibilidade de aplicação da multa coercitiva do art. 461 do CPC em MS?

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto a discussão acerca da aplicação da multa prevista no art. 461 do Código de Processo Civil em mandado de segurança.

Assim, para o desenvolvimento do tema, inicialmente, apresenta em seus capítulos aspectos relevantes sobre os institutos pertinentes do direito processual civil – a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, a multa diária do art. 461 do CPC e o mandado de segurança – para, ao final, da análise dos institutos apresentada, concluir-se pela aplicação ou não da multa coercitiva do art. 461 do Código de Processo Civil ao mandado de segurança.

Capítulo I

TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

1.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1.1. Obrigação de fazer e de não fazer

As obrigações correspondem a prestação que o devedor fica sujeito a realizar em favor do credor. Dizem-se “positivas” quando correspondem a uma ação do devedor, e “negativas” quando se cumprem por meio de uma abstenção. Segundo a espécie da prestação ou natureza do ato a que o devedor está obrigado, dizem-se de *dar*, *fazer*, ou *não fazer*.

As obrigações de fazer são típicas obrigações positivas, pois concretizam-se por meio de um ato do devedor, ou seja, consistem “na feitura ou prestação de um fato ou execução de alguma coisa”¹. As obrigações de não fazer, por sua vez, são tipicamente negativas, já que por elas o devedor obriga-se a uma abstenção, a um *non facere*; consistem, pois, no dever de não se fazer aquilo que se convencionou ou que a lei não permite que se faça. Em outras palavras, “em um ou em outro caso, (...) as obrigações incidem especificamente sobre determinado *comportamento* do devedor (comissivo nas obrigações de fazer e omissivo nas de não fazer)”².

A satisfação do direito do credor não se expressa no fazer ou não fazer, mas sim na tutela do direito alcançada mediante o fazer ou o não fazer. A tutela do direito, nesses casos, não depende do adimplemento do devedor, isto é, do cumprimento do fazer ou do não fazer, uma vez que o fazer e o não fazer podem ser obtidos com o uso de meios de execução independentemente da vontade do devedor.

Assim, no que diz respeito às obrigações de não fazer, Humberto Theodoro Júnior³ explica que:

¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 24^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

² BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³ THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41a Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

“... é pela inércia que se cumpre a prestação devida. Se fizer o que se obrigou a não-fazer, a obrigação estará irremediavelmente inadimplida. A execução forçada, na espécie, não se endereça à realização da prestação, mas ao desfazimento daquilo que indevidamente se fez, e se isto não for possível, converte-se em reparação de perdas e danos.”

1.1.2. Das diversas espécies de execução

O Código de Processo Civil trata especificamente das execuções para entrega de coisa certa e incerta, das obrigações de fazer e de não fazer, da execução por quantia certa contra devedor solvente e insolvente, da execução contra a Fazenda Pública, e da execução de prestação alimentícia. Há dois sistemas de execução, um que implica na formação de processo autônomo, a denominada “execução tradicional ou própria”, que está disciplinada no Livro II do CPC; e outro, que é feito como mera fase do processo, sem a formação de um processo autônomo.

Assim, segundo a nova sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, a execução das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, fundadas em título judicial, é imediata, ou seja, independe de processo autônomo, e está prevista nos arts. 461, 461-A e 475. Neste caso, por se tratar de mera fase do processo, não é necessária nova citação do devedor.

Contudo, cabe ressaltar que é possível que um tipo de execução converta-se em outro, quando se inviabiliza o cumprimento da obrigação originariamente buscada pelo credor. Assim, tanto a execução das obrigações de fazer e não fazer, quanto a de entrega de coisa, quando se inviabilizarem por se tornar inviável a execução específica, convertem-se em execução por quantia. Nesses casos, não há necessidade de nova execução, sendo suficiente a conversão de uma em outra.

1.1.3. Tutela específica

Para compelir o devedor ao cumprimento específico da obrigação existem mecanismos previstos na lei. Assim, por meio destes mecanismos busca-se fazer com que o credor obtenha o mesmo resultado que teria se o devedor satisfizesse voluntariamente a obrigação.

Prevê o art. 461, *caput*, do CPC que, “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se

procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente do inadimplemento”. E em seu §1º, prevê a possibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos se “o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

Da redação do citado dispositivo, verifica-se a preocupação da lei com a execução específica, de forma que a conversão em perdas e danos se dá apenas em último caso. Ou seja, a lei vale-se de meios de coerção para forçar o devedor a cumprir a obrigação, porém, somente quando estes meios se mostrarem ineficazes é que se torna possível a conversão da obrigação em perdas e danos. No entanto, pondera Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁴ que, embora a lei mencione a conversão em perdas e danos a requerimento do credor, não pode ele preferir a conversão se o devedor estiver disposto a cumprir a obrigação específica, pois da mesma forma que o credor não é obrigado a aceitar prestação diferente daquela que foi avençada, o devedor não pode ser compelido, para desonerar-se, a cumpri-la de forma diferente daquela contratada.

Destaca-se, no entanto, a diferença entre a denominada *tutela específica* e a *tutela pelo equivalente* ao valor da lesão ou da obrigação inadimplida, uma se contrapõe à outra. Enquanto a tutela específica visa a integridade do direito, impedindo a sua degradação em pecúnia, a tutela pelo equivalente implica na “monetização” do direito ou, ainda, na aceitação de que todos os direitos são iguais e podem ser convertidos em pecúnia.

A tutela específica varia conforme as necessidades de tutela do direito material, sendo suficiente a violação da norma para requerer a tutela jurisdicional do direito. Assim, a tutela específica pode ser prestada mediante a imposição de fazer ou não fazer; pode ser inibitória, de remoção do ilícito, ressarcitória na forma específica, do adimplemento na forma específica e do cumprimento do dever legal. Essa distinção é fundamental para a utilização da modalidade de execução adequada ao caso concreto, ou ainda, para a constatação de ausência de meio de execução idôneo diante daqueles previstos em lei.

1.1.4. A tutela específica e as providências que assegurem resultado prático equivalente

⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O art. 461 do CPC, introduzido pela Lei n. 8.952/1994, fortemente inspirado no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, trata da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

Cássio Scarpinella Bueno⁵ assim define a tutela específica:

“deve ser entendida a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação caso não houvesse ocorrido lesão ou, quando menos, ameaça de direito no plano material. Embora jurisdicionalmente, o que o autor pretende obter é o mesmo resultado que decorreria do cumprimento espontâneo da obrigação no plano de direito material”.

Contudo, mesmo não sendo possível a obtenção da tutela específica, ou seja, a mesma prestação que deveria decorrer do adimplemento da obrigação por ato praticado pelo próprio devedor, nos termos do art. 461, *caput*, do CPC, o juiz poderá determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior⁶, o referido dispositivo impôs ao juiz a concessão da tutela específica, assim, a sentença que der provimento ao pedido de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer deverá condenar o devedor a realizar a prestação devida *in natura*, adotando como forma de dar maior efetividade à ordem, providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Pela leitura do art. 461, verifica-se que o que a lei visa proteger é o *resultado* da obrigação. Assim, entende-se o “resultado prático equivalente” como a variação na forma de obtenção jurisdicional do que deveria decorrer do adimplemento da obrigação pelo próprio devedor. Disso, conclui-se que a diferença entre a *tutela específica* e o *resultado prático ao equivalente ao do adimplemento* recai unicamente sobre as técnicas a serem empregadas jurisdicionalmente para a obtenção do cumprimento da obrigação, isto é, na atividade jurisdicional a ser desempenhada para a obtenção desse fim. No entanto, há críticas a esta distinção que sustentam que a alteração do pedido, feita de ofício pelo magistrado, poderá ser contornada pela cumulação de pedidos prevista no art. 289 do CPC, admitindo-se uma gradação: pede-se a “tutela específica” ou, quando menos, a obtenção do “resultado prático equivalente” ou, na impossibilidade de uma ou de outra, as “perdas e danos”.

⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶ THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Não há, entretanto, impedimento para a conversão do pedido de “tutela específica” em “resultado prático equivalente” e, em sendo o caso, a conversão em “perdas e danos”.

Sem dúvida, a tutela específica tem mais qualidade do que a tutela pelo equivalente em dinheiro, tanto que a execução diz-se sucedida quando entregar ao credor exatamente o que o cumprimento voluntário da obrigação lhe entregaria. Para isso, todas as formas executivas previstas no rol exemplificativo do art. 461, §5º, do CPC se prestam justamente para instrumentalizar a obtenção da tutela específica.

No entanto, como já exposto, nem sempre a tutela específica é obtida no caso concreto, sendo possível a conversão da obrigação de fazer ou não fazer em prestação pecuniária quando essa for a vontade do credor ou diante da impossibilidade material ou jurídica de obtenção da tutela específica. A conversão da obrigação em perdas e danos, prevista no §1º do art. 461 do CPC, é medida excepcional, contudo, cabe ao juiz, antes de determinar a conversão, verificar se não há providência que assegure o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Esse poder atribuído ao juiz é uma inovação da lei, posto que, embora a providência prática equivalente ao do adimplemento não seja pedida na petição inicial, diante da recusa do devedor em cumprir a obrigação específica, ela poderá ser concedida pelo juiz. Nesses casos, ao determinar a prestação equivalente, o juiz não precisa ater-se ao que foi postulado na inicial, nem ao que foi concedido na sentença, ainda que haja coisa julgada, pois, se ficasse o magistrado livre para buscar qualquer resultado que lhe parecesse adequado, haveria violação aos princípios da “inércia da jurisdição” e da “adstrição do juiz ao pedido”. Sobre essa inovação, ensina Cândido Dinamarco⁷ que no art. 461 e parágrafos, do CPC, há transgressões a dois dogmas instalados no sistema do processo civil moderno: (a) o da necessária correlação entre a sentença e a demanda e (b) o do exaurimento da competência do juiz a partir do momento em que publica a sentença de mérito.

Quanto à conversão em perdas e danos, ainda, ressalte-se que existe opinião doutrinária que sustenta que a conversão também é cabível quando a tutela específica se mostra excessivamente onerosa⁸. No entanto, há posição em sentido contrário, segundo Daniel Amorim⁹, a onerosidade decorre da própria natureza da obrigação, assim, prevalece a vontade do credor de que seja efetivada a tutela específica, bastando ser possível o seu cumprimento para não se justificar a conversão em perdas e danos.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 226.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 424.

⁹ AMORIM, Daniel Assumpção. *Manual de Direito Processual*. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2012.

1.2. EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

1.2.1. Considerações iniciais

Inicialmente, no Código de Processo Civil havia previsão da execução tradicional. Havia poucas ações, as denominadas “executivas *lato sensu*”, em que, após o trânsito em julgado, cumpria-se automaticamente a sentença, sem necessidade de um processo de execução.

No entanto, na busca de um processo mais efetivo, para a satisfação mais rápida e eficaz das decisões judiciais, foram introduzidas alterações na lei. Entre elas, a execução imediata dos títulos executivos judiciais, fundados em obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar. A primeira modificação atribuiu cunho mandamental às sentenças condenatórias em obrigação de fazer ou não fazer, ou seja, ao condenar o devedor, o magistrado expede uma ordem que, se não cumprida, implica na adoção das medidas previstas no art. 461, §§4º e 5º, do CPC, em mera fase de cumprimento de sentença, não havendo necessidade um processo autônomo de execução – diz-se “processo sincrético”.

Assim, a execução tradicional das obrigações de fazer e não fazer, disciplinada nos arts. 632 e seguintes do CPC, ficou restrita aos títulos extrajudiciais.

O art. 475-I do CPC¹⁰ prevê que, sendo o objeto da condenação uma obrigação de fazer ou não fazer, o cumprimento da sentença far-se-á nos termos do art. 461 do mesmo diploma legal.

O art. 644 do CPC¹¹, por sua vez, disciplina que as regras de procedimento do processo de execução de título extrajudicial que tenha como conteúdo obrigações de fazer ou não fazer, têm aplicação subsidiária à execução de sentença, observando-se o procedimento do art. 461. Contudo, ressalte-se que tais regras procedimentais só se aplicam ao cumprimento de sentença no que não forem contrárias a efetividade pretendida pela lei. Trata-se de tutela diferenciada, que implica na adoção de procedimentos e técnicas procedimentais diferenciadas à luz das exigências concretas para a tutela do direito material.

¹⁰ “Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.”

¹¹ “Art. 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo.”

Observe-se que o art. 461 do CPC não prevê um procedimento executivo para o cumprimento de sentença, apenas dispõe os meios materiais à disposição do juízo para efetivar o direito do credor, dentre outras questões que não dizem respeito à execução da sentença.

1.2.2. Mecanismos de efetivação da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente (“medidas de apoio”).

Prevê o art. 461, §5º, do CPC¹² que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exequente, determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, enumerando, dentre outras medidas, a aplicação de multa por tempo de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas ou coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Trata-se da previsão de medidas de apoio, isto é, de técnicas executivas que podem ser utilizadas pelo magistrado para assegurar a “efetivação da tutela específica” (a realização do exato fato devido) ou a “obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento” (realizado por meio de algum fato que, na prática, seja equivalente ao fato inadimplido). Em outras palavras, são medidas acessórias que reforçam a exequibilidade do julgado.

É pacífico na doutrina o entendimento de que o rol previsto no citado dispositivo é meramente exemplificativo pelo uso da expressão “tais como”. Contudo, ressalta Cássio Scarpinella Bueno¹³ que quaisquer outras medidas que se mostrem necessárias, suficientes, adequadas e proporcionais à obtenção dos resultados desejados pelo artigo podem ser adotadas pelo juiz. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ¹⁴ já consolidou o entendimento pela admissão de bloqueio de verbas públicas para efetivar a execução de uma ordem de fornecimento de medicamento, levando em conta a proteção constitucional à saúde, à vida e à dignidade humana, em detrimento dos princípios do direito administrativo e financeiro.

¹² “Art. 461. (...) § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.”

¹³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁴ STJ, 1ª Seção, AgRg no EREsp 796.509/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.10.2006, DJ 30.10.2006

Entretanto, esse poder de aplicação das técnicas executivas concedido ao juiz não é irrestrito, encontrando limites no princípio da razoabilidade e da menor onerosidade ao executado, consoante o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil.

Por fim, quanto a aplicação das medidas de apoio, pondera Humberto Theodoro Júnior¹⁵, ao dizer que todas essas medidas práticas têm cunho coercitivo e não integram o patrimônio do credor, de forma que a sua adoção depende de decisão judicial, tomável, modificável e revogável, pelo juiz da causa, para a concretização da tutela específica da obrigação de fazer e não fazer, contudo, sendo o caso de conversão necessária em perdas e danos, e já tendo ocorrido tal conversão, as medidas de apoio tornam-se inaplicáveis.

1.2.3. Conversão em perdas e danos

Como já exposto anteriormente, a conversão em perdas e danos é medida excepcional. O art. 461, §1º, do CPC prevê que “A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

A busca pela efetividade do processo, garantindo a tutela específica da obrigação, levou o legislador a determinar providências para assegurar ao credor o mesmo resultado que seria obtido em caso de adimplemento da obrigação. Tanto é que no §5º do art. 461 do citado diploma legal, o legislador previu, exemplificativamente, formas executivas que se prestam para instrumentalizar a obtenção da tutela específica. Assim, concedeu ao juiz poderes para pressionar a vontade do devedor, ou ainda, para obter o cumprimento da obrigação, independentemente dessa vontade.

Contudo, há casos em que esses mecanismos de coerção e de sub-rogação não são eficazes, o devedor não cumpre a obrigação, e não há mais como forçá-lo ao cumprimento e nem adotar providência que assegure resultado prático equivalente. Nesses casos, haverá a conversão em perdas e danos.

A conversão em perdas e danos só é cabível em duas hipóteses: a requerimento do credor ou diante da impossibilidade material ou jurídica de obtenção da tutela específica.

¹⁵ THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹⁶, a conversão só se fará a requerimento do credor se houver recusa do réu em cumprir a obrigação específica, pois o credor não poderá preferir as perdas e danos ao cumprimento da obrigação específica quando o devedor está disposto a cumpri-la. E complementa que para o deferimento do pedido de conversão, não é preciso o esgotamento das medidas possíveis para o cumprimento da tutela específica pelo credor, sendo suficiente a simples resistência do devedor. E nesse mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco *in Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, v. 3, n. 1.618, p. 450.

Por sua vez, em sentido contrário, Daniel Amorim¹⁷ sustenta que o credor pode preferir a prestação pecuniária, ainda que a obtenção da tutela específica seja concretamente alcançável, fundamentando que nessa hipótese, de um lado ter-se-á o credor abrindo mão da melhor tutela jurisdicional possível a ser obtida no processo, contentando-se com uma satisfação subsidiária, e de outro lado, o juiz ciente de que poderia, ainda que agindo de ofício, entregar ao credor exatamente aquilo que está representado no título executivo. Para o referido autor, por se tratar de direito disponível, a mera vontade do credor vincula o juiz, ainda que em sacrifício da melhor qualidade da prestação jurisdicional que poderia ser obtida no caso concreto, e cita jurisprudência do STJ e outros doutrinadores¹⁸ que corroboram seu entendimento. dentre estes, cabe mencionar as palavras de Cássio Scarpinella Bueno¹⁹:

“embora o art. 461 se afaste do modelo consagrado da conversão das obrigações em perdas e danos do art. 389 do Código Civil (art. 248 para as obrigações de fazer e art. 251 para as obrigações de não fazer), a intangibilidade da vontade humana não pode ser suplantada pela ordem jurídica, até porque, em última análise, é garantida pelo art. 1º, III, da Constituição Federal, quando lista, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Assim, toda vez que um específico fazer repousar nas qualidades que reúne determinada pessoa, é *impossível* a obtenção forçada da obrigação, pelo que ela deverá ser convertida em perdas e danos. O que cabe ao ordenamento jurídico é criar condições de compimento do executado ao adimplemento, objeto do art. 461. Se elas não funcionarem, contudo, não há outra solução que não a conversão da obrigação em perdas e danos.”

¹⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁷ AMORIM, Assumpção Daniel. *Manual de Direito Processual*. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2012.

¹⁸ STJ, 3ª T., REsp 598.233/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 02.08.2005, DJ 29.08.2005; BUENO, Cássio Scarpinella, *Código*, p. 1410; NERY-NERY, *Código*, p. 782.

¹⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Quanto ao procedimento da conversão da obrigação em perdas e danos, em se tratando de requerimento feito pelo credor, basta uma simples petição requerendo a fixação do valor das perdas e danos, o que será feito por meio de liquidação de sentença incidental. Segundo a doutrina que defende que em se tratando da vontade do credor a lei não pode suplantá-la, a simples vontade do exequente é suficiente para justificar a conversão, não havendo necessidade de intimação do executado para a decisão sobre o pedido de conversão, uma vez que o juiz está vinculado ao pedido do credor. Na hipótese de impossibilidade de obtenção da tutela específica ou de resultado prático equivalente, qualquer das partes poderá fazer o pedido de conversão em perdas e danos. Nestes casos, em respeito ao princípio do contraditório, o juiz intimará a parte contrária para manifestar-se sobre o pedido e, em seguida, profere decisão. Ainda, diante da impossibilidade de obtenção da tutela específica ou de resultado prático equivalente, o próprio juiz poderá, de ofício, determinar a conversão, caso em que, em homenagem ao contraditório, intimará as partes para manifestarem-se e, após, proferirá decisão.

A decisão que defere o pedido de conversão ou a determina de ofício tem natureza interlocutória e é recorrível por meio de agravo de instrumento. A fixação do valor das perdas e danos, bem como de todos os prejuízos advindos ao exequente pelo não cumprimento da obrigação, será feita por meio de liquidação de sentença incidental. A decisão judicial que fixa o *quantum debeatur* é título executivo judicial e sua execução far-se-á pelo procedimento do cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia certa.

1.2.4. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional

Por força do disposto no art. 461, §3º do Código de Processo Civil, a tutela específica pode ser adiantada, ou seja, o dispositivo admite a liberação dos efeitos da tutela jurisdicional antes do instante procedimental que, em regra, é admitido pelo sistema processual.

No entanto, só é possível a antecipação dos efeitos da tutela específica desde que seja relevante o fundamento da demanda (*fumus boni iuris*) e haja justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*). Observe-se que para o adiantamento da tutela de mérito, na ação condenatória de obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos critérios do que na mesma providência na ação de conhecimento, conforme previsto no art. 273 do

Código de Processo Civil: basta a mera probabilidade, ou seja, a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou não fazer.

O modelo constitucional de direito processual civil privilegia o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, e o princípio da economia e eficiência processual, previsto no art. 5º, inc. LXXVIII, da mesma Carta, que são de fundamental importância no que tange a tutela específica do art. 461 do Código de Processo Civil, razão pela qual “é possível, ao credor de uma obrigação, obter, perante o Poder Judiciário, a imunização de uma situação de ameaça, evitando, com isto, o inadimplemento de uma obrigação e, consoante o caso, a inafastável conversão do vínculo obrigacional em perdas e danos.”²⁰

A antecipação pode ser dada *inaudita altera parte* ou depois de justificação prévia, caso o juiz a entenda necessária. Será concedida sem a oitiva da parte contrária quando a citação do devedor puder tornar ineficaz a medida ou quando a urgência for tal que não possa esperar a citação e resposta do devedor. Nesse caso, o contraditório restará postergado para momento futuro.

Quanto ao cumprimento da tutela jurisdicional antecipada, far-se-á imediatamente, sem necessidade de prestação de caução. Ressalte-se que eventual inversão no resultado da demanda, com o julgamento de improcedência do pedido, resolve-se em perdas e danos em desfavor do requerente da ação.

Ademais, aplica-se à antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional do §3º do art. 461 o princípio da fungibilidade das tutelas de urgência (art. 273, §7º, do Código de Processo Civil).

1.2.5. Aspectos procedimentais do cumprimento de sentença das obrigações de fazer e não fazer

Diante de sentença condenatória em obrigação de fazer e não fazer, ainda não transitada em julgado, é possível a execução provisória, desde que haja requerimento expresso do credor. Contudo, transitada em julgado a sentença, o juiz pode, de ofício, dar início ao cumprimento de sentença, determinando as medidas executivas que entender necessárias à satisfação do direito do credor.

²⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O credor, por meio de simples petição, pode pleitear o início da fase de cumprimento de sentença. Nesse caso, não há necessidade de petição inicial, uma vez que, segundo já exposto, a execução das obrigações de fazer e não fazer fundadas em título executivo judicial, dá-se de forma imediata, sem a formação de um processo autônomo de execução, apenas como uma mera fase do procedimento.

Assim, considerando-se a complexidade da obrigação no caso concreto, o juiz determinará um prazo para o cumprimento da obrigação. Observe-se que, por força do princípio da coisa julgada material, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, uma vez estabelecido o prazo para cumprimento da obrigação na sentença condenatória transitada em julgado, não é mais possível na fase de cumprimento de sentença.

Determinado o prazo para cumprimento da obrigação, haverá a intimação do devedor. Há divergência na doutrina quanto à forma dessa intimação, se basta a intimação na pessoa do advogado do devedor, ou se é necessária a intimação pessoal do destinatário da ordem de “fazer” ou “não fazer”.

Há doutrina que sustenta ser suficiente a intimação na pessoa do advogado, “apesar de a obrigação ser da parte e não de seu patrono, e de o ato de cumprir a obrigação não ser um ato postulatório”²¹; defendem, ainda, que, se a parte está devidamente representada por advogado, basta que este seja intimado para o cumprimento da obrigação tal como determinado, na forma estabelecida nas regras sobre a comunicação dos atos processuais dispostas nos arts. 234 a 240 do Código de Processo Civil, bem como em leis extravagantes, como por exemplo, nos casos de advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional ou Defensores Públicos.

Em sentido contrário, há doutrina que sustenta que a intimação do devedor deve ser pessoal²². Como justifica Cássio Scarpinella Bueno²³, o “fazer” e o “não fazer” sendo ato da parte, reside no plano material, e não no plano processual, que é inerente ao advogado; portanto, é imprescindível a intimação pessoal da *parte* no sentido desta intimação ser a ela dirigida. Ainda, nas hipóteses em que o devedor não tem advogado constituído nos autos, é irrecusável que a intimação seja feita na pessoa do executado, que deverá ser feita preferencialmente pelo correio, nos termos dos arts. 238 e 239 do Código de Processo Civil.

²¹ AMORIM, Daniel Assumpção. *Manual*, p. 950.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, n. 1.623, p. 457.

²³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A jurisprudência do STJ, no entanto, em recentes julgados, vem entendendo que após a Lei n. 11.232/2005, mesmo nas obrigações de fazer e não fazer, é suficiente a intimação do devedor por meio de seu advogado. Dessa forma, a Súmula 410 do referido Tribunal Superior, segundo a qual ‘a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer’, fica reservada para os casos anteriores ao advento daquela Lei. Neste sentido: 3ª Turma, AgRg no AREsp 102.561/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. un. 26.06.2012, DJe 29.06.2012; 2ª Turma, REsp 1.283.425/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. un. 06.12.2011, DJe 13.12.2011 e 3ª Turma, REsp 1.121.457/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. un. 12.04.2012, DJe 20.04.2012.

Entretanto, havendo aplicação da multa coercitiva, a intimação do devedor deve ser pessoal. Nesse caso, pondera Scarpinella²⁴ que a intimação do executado para o pagamento da multa que já incidiu em seu desfavor, não se confunde com a intimação para o cumprimento da ordem emanada pelo juiz; aquela é forma de pôr fim no cômputo de seu valor, já, a intimação para cumprimento da ordem judicial deve ser pessoal, da mesma forma que ocorre com as respectivas medidas de apoio.

Quanto à defesa do devedor no cumprimento de sentença de obrigação de fazer, o STJ já decidiu que não cabem embargos à execução; contudo, em respeito ao princípio do contraditório, admite-se a apresentação de defesa por meio de mera petição exposta na forma incidental, inclusive quando o executado for a Fazenda Pública (STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 958.363, Rel. Min. Felix Fischer, j. 12/08/2008). Por sua vez, havendo embargos à execução, por força do princípio da fungibilidade, o juiz deverá recebê-lo como mera petição a ser autuada nos autos principais (STJ, 1ª Turma, REsp 1.079.776/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 23/09/2008).

²⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Capítulo II

MULTA DIÁRIA DO ART. 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Existem duas maneiras pelas quais a execução pode se aperfeiçoar: com a instauração de um processo autônomo e citação do executado, como ocorre nas execuções de títulos extrajudiciais; ou de forma imediata, sem a instauração de novo processo, como sequência do processo de conhecimento, como ocorre nas execuções de títulos executivos judiciais.

Inicialmente, o Código de Processo Civil valia-se quase sempre da execução autônoma; só excepcionalmente é que a execução fazia-se diretamente, sem a citação do devedor. Contudo, a técnica da execução imediata estendeu-se para as execuções de títulos judiciais; mais tarde, com a Lei n. 11.232/2005, também abrangeu a execução de obrigação por quantia certa, ficando a execução tradicional, com a instauração de um processo autônomo, restrita à execução de título extrajudicial.

Dessa forma, a execução de título judicial constitui agora mera fase do processo de conhecimento, formando o chamado “processo sincrético”, em que não há processos distintos e sucessivos, mas apenas duas fases – a fase de conhecimento e a fase executiva, num único processo.

No entanto, tanto na execução tradicional, quanto na imediata, a sanção executiva pode fazer uso de dois instrumentos: a sub-rogação e a coerção.

Pela sub-rogação, no cumprimento da obrigação, o Estado-juiz substitui-se ao devedor, ou seja, sem qualquer participação do devedor, o Estado, no seu lugar, satisfaz o direito do credor. Porém, a sub-rogação só alcançará o mesmo resultado que o adimplemento espontâneo da obrigação se esta não tiver caráter personalíssimo. Caso contrário, é impossível a sub-rogação e esta será ineficaz.

Como segundo instrumento, tem-se a coerção, esta, como a única forma eficaz para tentar obter a execução específica das obrigações de fazer de cunho personalíssimo. Na coerção, o Estado não substitui o devedor no cumprimento da obrigação, mas lhe impõe

multas ou utilizará de outros meios com o intuito de exercer pressão sobre a vontade do devedor, para que ele a cumpra.

A execução imediata, aquela que se caracteriza pela não instauração de processo autônomo, mas dá-se em continuidade ao processo de conhecimento, não se confunde com a execução específica, que se caracteriza pela satisfação da obrigação, isto é, daquilo que é objeto do título executivo – obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa.

Diante do inadimplemento da obrigação, o credor pode optar entre o seu exato cumprimento, como se ela tivesse sido realizada pelo devedor, ou pela conversão em perdas e danos, em que se busca receber o equivalente em dinheiro.

Tanto na execução imediata quanto na tradicional é possível postular a execução específica das obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa.

Nas execuções específicas das obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, são utilizadas ambas as técnicas: a sub-rogação e a coerção, que estão evidenciadas no §5º do art. 461 do Código de Processo Civil, em rol exemplificativo.

Vale frisar que tanto a execução por título extrajudicial como a por título judicial podem ser específicas, desde que tenham por objeto obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa.

2.1.1. Mecanismos para compelir o devedor a cumprir a obrigação

Como já exposto no Capítulo I, o §5º do art. 461 do Código de Processo Civil enumera exemplificativamente os meios de coerção – como, por exemplo, a multa por tempo de atraso, e de sub-rogação – como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisa, desfazimento de obra – de que o magistrado se vale para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação específica.

O descumprimento desta ordem configura ato atentatório ao exercício da jurisdição e sujeita o devedor às sanções previstas no art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Ainda, verificadas as hipóteses do art. 600 do referido diploma legal, pode haver ato atentatório à dignidade da justiça, com a aplicação das sanções previstas no art. 601.

Dentre os meios de coerção previstos no art. 461, §5º, do citado diploma legal, destaca-se a multa periódica, pela sua importância e disciplina processual nos §§4º a 6º do mesmo dispositivo legal.

2.2. MULTA COERCITIVA

2.2.1. Natureza jurídica

A multa por atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer é um instituto herdado do direito francês, e usualmente é conhecida como *astreinte*.

O §4º do art. 461 do Código de Processo Civil²⁵ autoriza a imposição de “multa diária” ao devedor para compeli-lo a praticar o ato a que é obrigado ou abster-se de sua prática, dependendo do que for o objeto da condenação – obrigação de fazer ou não fazer.

A multa não tem caráter compensatório, indenizatório ou sancionatório, pois, “não objetiva dar algo ao lesado em troca do dano, ou mais precisamente, obrigar o responsável a indenizar o lesado que sofreu o dano”²⁶; ao contrário, tem natureza jurídica intimidatória, que se presta para compelir o próprio réu ao comportamento ou abstenção específicos pretendidos pelo autor e determinado pelo juiz, seja a obrigação fungível ou infungível²⁷. Trata-se, pois, de medida coercitiva, nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior²⁸, “forças morais e econômicas de coação para convencer o inadimplente a realizar pessoalmente a prestação pactuada”. Assim, como meio coativo, não tem caráter executório propriamente dito, uma vez que visa apenas a viabilizar o adimplemento da obrigação pela prestação do próprio executado, compelido que está a cumpri-la para evitar as sanções que lhe seriam cabíveis. Observe-se que não há a presença da sub-rogação estatal, que é essencial na execução forçada.

Em razão do seu dever de agir sobre a vontade do devedor, de forma a influenciá-lo a fazer ou a não fazer a obrigação que assumiu, a multa deve ser adequada e proporcional para que atinja seu fim: não pode ser insuficiente que não seja capaz de criar no obrigado qualquer receio quanto às consequências do não acatamento da ordem judicial, nem pode ser desproporcional que deixe o executado em situação vexatória. Dessa forma, o juiz deve

²⁵ “Art. 461 (...) § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.”

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

²⁷ STJ, 3ª T., REsp 482.094/RJ, rel. p/ acórdão Min. Sidnei Beneti, j. 20.05.2008.

²⁸ THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ajustar seu valor e sua periodicidade conforme o caso concreto, visando a obtenção do resultado específico pretendido pelo credor.

Saliente-se que não há definitividade na imposição e no arbitramento da multa, posto que não se trata de verba que integra originariamente o crédito da parte, mas apenas de mero instrumento legal de coerção utilizável em apoio à prestação jurisdicional executiva. É por esse motivo que não se fala em coisa julgada da decisão que a impõe, lhe define o valor ou a periodicidade e, como consequência, é que a lei processual, no art. 461, §6º, admite a alteração de seu valor e de sua periodicidade pelo juiz, caso torne-se insuficiente ou excessiva.

Ademais, cabe tanto na sentença como em decisão interlocutória de antecipação de tutela, ou ainda, se omissa a sentença, é cabível em decisão incidental na fase de cumprimento de sentença. Contudo, observa Humberto Theodoro Júnior²⁹ que se o juiz verificar que a execução específica era impossível desde o tempo da sentença, a execução da multa, então, indevidamente fixada pelo inadimplemento da obrigação de fazer, não poderá ser mantida. Porém, sendo a impossibilidade superveniente à condenação e decorrente de fato imputável ao devedor, a multa subsistirá até o instante em que a prestação se tornou irrealizável *in natura*.

Por fim, decorre ainda, da sua natureza coercitiva que não há qualquer impedimento para a responsabilização pessoal das pessoas físicas que detenham, por força de lei, estatutos ou contratos sociais, a representação de pessoas jurídicas, sejam estas de direito público ou privado, pelo pagamento da multa, sem prejuízo de eventual punição das próprias pessoas jurídicas. Entretanto, esse assunto é polêmico na doutrina e na jurisprudência, mas, para aqueles que defendem a responsabilização, como Cássio Scarpinella Bueno³⁰:

“as pessoas jurídicas só têm vontade na exata medida em que as pessoas físicas que as representam a manifestem. Se a multa é mecanismo que visa a influenciar decisivamente esta *vontade* (que, por definição, só pode ser humana), não há como afastar sua incidência direta e pessoal sobre os representantes das pessoas jurídicas, sejam elas privadas ou públicas.”

2.2.2. Momento da fixação e duração da multa

Como já mencionado, a fixação da multa coercitiva se dá tanto na sentença como em decisão interlocutória de antecipação de tutela, isto é, na fase de conhecimento, ou ainda, se

²⁹ THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

³⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

omissa a sentença, em decisão incidental na fase de cumprimento de sentença. Explica Marcus Vinicius Rios Gonçalves³¹ que a multa pressupõe a anterior reconhecimento judicial da existência da obrigação de fazer ou não fazer, ou de entregar coisa, contudo, esse reconhecimento não precisa ser definitivo, uma vez que pode ser feito por meio tutela antecipada, em caráter provisório, caso em que o juiz fixará prazo para cumprimento da obrigação, e estabelecerá a multa, caso haja inadimplemento; se, contudo, a medida não for concedida liminarmente, o juiz poderá fazê-lo posteriormente, a qualquer tempo.

Contudo, como explica Humberto Theodoro Júnior³², verificada a impossibilidade da execução específica desde o tempo da sentença, não poderá manter na execução a exigência da multa que fora indevidamente estipulada pelo inadimplemento da obrigação de fazer. Nesse mesmo sentido, já se pronunciou a jurisprudência do STJ ao entender que, não sendo mais possível a obtenção da tutela específica ou o resultado prático equivalente, não há motivo para a fixação da multa³³. No entanto, nesse caso, é possível, ainda, a adoção de outras medidas em substituição à multa, ou até mesmo a conversão em perdas e danos quando cabível.

Porém, sendo a impossibilidade superveniente à condenação e se decorreu de fato imputável ao devedor, a multa subsistirá até o instante em que a prestação se tornou irrealizável *in natura*.

No que diz respeito à duração da multa, já decidiu a 3ª Turma do STJ³⁴, que o *dies a quo* da pena é aquele dia imediatamente posterior ao vencimento do prazo de cumprimento, posto que como a multa tenta apenas compelir o devedor ao cumprimento da obrigação e, no regime vigente, não possui caráter retroativo, revela-se inadmissível fixá-la a partir da citação. Não há *dies ad quem*, a multa é infinda, se vencerá dia após dia, e seu curso somente se interromperá na ocasião do cumprimento da obrigação.

2.2.3. Exigibilidade da multa

³¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³² THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

³³ STJ, 3ª Turma, REsp 743.185/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. un. 09.03.2010, DJe 17.03.2010.

³⁴ STJ, 3ª Turma, REsp 6.644/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 12.03.1991, RJSTJ 3(19)/550.

A multa coercitiva pode ser determinada em decisão interlocutória, como por exemplo, naquela que concede uma tutela de urgência, ou ainda, em sentença que julga procedente o pedido do autor.

O termo inicial da multa será a intimação pessoal do devedor a cumprir a obrigação. Assim, vencido o prazo para cumprimento da obrigação, a multa passará a incidir após a devida intimação do devedor. É pacífico na jurisprudência o entendimento de que essa intimação deve ser pessoal, posto que por se tratar de ato a ser praticado pela própria parte (no caso, o próprio devedor), não é cabível a intimação na pessoa do advogado³⁵. Assim, a contagem da multa não se inicia sem que haja a devida intimação pessoal do devedor.

No entanto, há divergência na doutrina quanto ao momento em que a multa se torna exigível, ou seja, a partir de qual momento a parte beneficiada com os créditos gerados pela multa poderá executá-la: se antes do trânsito em julgado, quando fixada para dar efetividade à tutela antecipatória ou à sentença que foi executada provisoriamente, isto é, quando ainda há pendência de recurso.

Parte da doutrina³⁶ entende que a multa é exigível a partir do momento em que a decisão que a determinou torna-se eficaz, isto é, se não houve recurso contra esta decisão ou, havendo, que este não tenha efeito suspensivo³⁷. Segundo essa corrente, ainda que a decisão que fixou a multa não seja definitiva, a exigibilidade é imediata, em razão de seu caráter coercitivo, pois, aguardar a definitividade, o que só ocorre com o advento da coisa julgada material, seria contrário à necessidade de pressionar efetivamente o devedor a cumprir a obrigação. Aguardar a definitividade para a cobrança da multa, segundo Cássio Scarpinella Bueno³⁸, seria esvaziar o seu fundamento, qual seja: a possibilidade de influenciar a vontade do executado e compeli-lo ao acatamento da ordem judicial e, como consequência, a satisfação do exequente, que teve reconhecido em seu favor o direito à prestação da tutela jurisdicional.

Filiado à esta corrente, pondera Humberto Theodoro Júnior³⁹:

³⁵ STJ – Súmula 410: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.” e Informativo 464/STJ: 2ª Seção, EAg 857.758/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, j.23.02.2011.

³⁶ Cássio Scarpinella Bueno, Humberto Theodoro Jr., Eduardo Talamini, Daniel Assumpção Amorim, dentre outros.

³⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.1413.

³⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁹ THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

“pode haver execução da multa cominatória tanto em face da decisão de antecipação de tutela como da sentença definitiva. No primeiro caso, porém, a execução será provisória, sujeitando-se à sistemática e aos riscos previstos no art. 558, como determina o §3º do art. 273. Vale dizer: no caso de a sentença, afinal, decretar a improcedência do pedido, a quantia da multa exigida em antecipação provisória de tutela deverá ser restituída ao executado.”

Para a outra corrente da doutrina⁴⁰, a multa é exigível somente após o trânsito em julgado. Sustentam que a decisão que fixou a multa e determinou o cumprimento da obrigação não é definitiva e, dessa forma, enquanto ela for provisória, não poderá ser executada, posto que há a possibilidade de ser revertida, caso em que a multa deixará de ser devida⁴¹. Para essa corrente, ainda, a mera ameaça de imposição da multa é suficiente para configurar a pressão psicológica pretendida pelo legislador. Nesse sentido, Marinoni⁴² explica que a finalidade coercitiva não tem relação com a cobrança imediata da multa, mas sim com a possibilidade da sua cobrança futura. Assim, como a multa deve ser paga pela parte que definitivamente sucumbiu na demanda judicial, o que só ocorre com o trânsito em julgado, faz-se necessário aguardar este momento para que a multa torne-se exigível.

No entanto, o STJ, em aparente confusão entre definitividade e exigibilidade, tem entendido pela execução imediata da multa fixada em decisão interlocutória, porém, conclui erroneamente que esta execução far-se-á por meio da execução definitiva⁴³.

2.2.4. Valor da multa

A multa visa à realização de determinado comportamento ou abstenção do devedor, e representa uma forma de exercer pressão psicológica para que ele cumpra a obrigação a que está sujeito. Assim, deve ser fixada em quantia suficiente para constranger a vontade do executado, levando-o a entender que a melhor solução para ele, do ponto de vista econômico, é acatar a ordem judicial e cumprir a obrigação.

⁴⁰ Luiz Guilherme Marinoni, Cândido Rangel Dinamarco.

⁴¹ “Não seria legítimo impor ao vencido o efetivo desembolso do valor das multas enquanto ele, havendo recorrido, ainda pode ser eximido de cumprir a obrigação principal e, conseqüentemente, também de pagar pelo atraso. Isso significa que, entre o começo da desobediência (não cumprimento no prazo estabelecido) e o trânsito em julgado da sentença mandamental, acumular-se-ão valores devidos a título de multa, para que só afinal a soma de todos eles possa ser cobrada.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p.474.)

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁴³ Informativo 422/STJ: 1ª T., REsp 1.098.028/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.02.2010; STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1.116.800/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 08.09.2009, DJe 25.09.2009.

Não há critério para a fixação do valor da multa, cabe ao juiz, no caso concreto, fixar tal valor, observando-se o patrimônio do devedor e a amplitude da provável resistência. Ressalta Araken de Assis⁴⁴ que:

“Mesmo tendo sido formulado pedido certo na inicial da demanda condenatória, o juiz poderá ultrapassá-lo e, se for o caso, reduzi-lo ou aumentá-lo, nas hipóteses de título judicial ou extrajudicial (art. 645, parágrafo único, e art. 461, §6º, c.c art. 645).”

Observe-se que já decidiu o STJ que o valor da multa pode ser modificado a qualquer tempo, para mais ou para menos, conforme as circunstâncias e a conduta do devedor, inclusive no curso da execução⁴⁵.

Muito se discutiu se o valor da multa estaria limitado ao valor da obrigação principal. A lei não estabelece limites, contudo, é certo que não poderá extrapolar a razoabilidade, de forma a tornar-se fonte de enriquecimento sem causa. Ademais, tendo em vista a sua finalidade, que é convencer o devedor ao cumprimento da obrigação, é pacífico o entendimento na jurisprudência de que o valor da multa possa superar o valor da prestação para que atinja a sua finalidade⁴⁶. Nesse sentido, ensina Luiz Guilherme Marinoni⁴⁷:

“O silêncio do legislador acerca da limitação do valor da multa foi interpretado pela doutrina como uma verdadeira exclusão da sua limitação. Atualmente, em face do art. 461 do CPC, não há mais qualquer dúvida acerca da possibilidade de a multa exceder ao valor da prestação. Tal norma, na verdade, estando completamente atrelada à ideia de que a tutela específica é imprescindível para a realização concreta do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, não faz qualquer limitação ao valor da multa.”

Ressalte-se, ainda, que a multa é devida mesmo que haja o cumprimento atrasado da obrigação ou a conversão em perdas e danos. Se o devedor demorou a cumprir a obrigação, arcará com a multa por todo o período do atraso; se não cumpriu e não houver outro meio de obter a tutela específica, a obrigação será convertida em perdas e danos e será executada cumulativamente com a multa.

Por fim, é possível a imposição da multa em valor progressivo, capaz de aumentar na proporção do tempo de atraso no cumprimento, bem como diante da capacidade de resistência

⁴⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁴⁵ STJ, 4ª T., REsp 793.441/RN, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 26.09.2006, DJU 06.11.2006. No mesmo sentido, STJ, 6ª T., REsp 700.245/PE, Rel. Min. Nilson Naves, 26.05.2008, DJE 04.08.2008.

⁴⁶ STJ, 3ª T., REsp 43389/RJ, Rel. Min. Waldemar Avelar, DJU 25.04.1994; STJ, 3ª T., REsp 8065/SP, Rel. Min. Cláudio Santos, DJU 23.09.1991.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

do demandado, de forma que ela se torne mais intimidadora quanto maior for a resistência do devedor.

2.2.5. Alteração do valor e da periodicidade da multa

Em razão de seu caráter coercitivo, a multa poderá ser alterada quanto ao seu valor e à sua periodicidade, sendo reduzida ou majorada, a critério do juiz, conforme o caso concreto, consoante seja necessário para se obter a tutela específica ou o resultado prático equivalente. Tanto é assim, que há previsão expressa no §6º do art. 461 do Código de Processo Civil⁴⁸, que foi incluído pela Lei n. 10.444/2002.

Dessa forma, se o cumprimento da obrigação se deu com atraso, a multa incidirá por todo o período que perdurou. Verificando o magistrado que o valor tornou-se excessivo, mesmo após transcorrido o período da incidência, tornando-se fonte de enriquecimento ilícito, deverá reduzi-la. Saliente-se que há doutrina que sustenta que não há direito adquirido do credor sobre a multa⁴⁹, sob o fundamento de que ela não é condenação, mas apenas forma de coerção; em sentido contrário, há corrente que entende que enquanto a multa mostrou-se eficaz em pressionar o devedor a cumprir a obrigação, o valor obtido é um direito adquirido da parte⁵⁰, não sendo possível a sua redução, ainda que haja pedido da parte contrária, e pondera que isso não significa que o valor calculado durante todo o tempo de vigência da multa seja efetivamente devido, pois a partir do instante em que a multa teve frustrado o seu objetivo, perde a sua função, sendo a sua manutenção, então, de caráter sancionatório, desvirtuando-se de sua natureza. Nesse caso, o mais adequado seria o juiz determinar, com eficácia *ex tunc*, o momento a partir do qual a multa já não era mais útil, revogando-a daí em diante, calculando o valor inerente somente ao período de tempo em que a multa mostrou-se útil.

Quanto à redução do valor da multa, destaca-se recente entendimento do STJ⁵¹ no sentido de que, embora seja possível a revisão do valor da multa, não poderá haver a sua redução “se o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial para a qual havia

⁴⁸ “Art. 461 (...) §6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”

⁴⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª Edição. São Paulo, Editora Método, 2012.

⁵¹ STJ, REsp 1.192.197/SC, 3ª Turma, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. m. v. 07.02.2012, DJE 05.06.2012. No mesmo sentido, REsp 1.229.335/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. un. 17.04.2012, DJE 15.04.2012.

incidência de multa diária foi o descaso do devedor”. Isto porque, o objetivo da multa é unicamente forçar o devedor resistente a cumprir sua obrigação. No entanto, em sentido contrário, para Nelson Nery Júnior⁵², a periodicidade e o aumento da multa se justificam pelo fato desta ser medida de execução indireta, destinada a forçar o devedor a cumprir a obrigação, por outro lado, a redução da multa é injustificável, uma vez que a multa não é destinada a fazer com que o devedor a pague, ao contrário, destina-se a forçar o devedor a cumprir a obrigação na forma específica, sem que a pague.

Assim, a modificação da multa não caracteriza qualquer ofensa à coisa julgada, tratando-se apenas de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* de que se reveste a decisão ou sentença na parte que fixa o valor da multa diária. Assim, mantida a situação de fato que a gerou, não poderá ser alterado o valor da multa constante da sentença, isso seria possível apenas diante de nova situação de fato. Em suma, a modificação do valor e da periodicidade justifica-se apenas por circunstâncias supervenientes. Em outras palavras, explica Luiz Guilherme Marinoni que a coisa julgada, formada a partir de determinada situação de fato, jamais impedirá outra ação fundada em “fatos novos”, posto que esta ação necessariamente fará surgir outra coisa julgada, que nada tem a ver com a anteriormente fundada em “fatos velhos”. Nesse sentido, a 3ª Turma do STJ firmou entendimento no julgamento do REsp 705.914/RN, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 06.03.2006.

Por fim, em que pese o art. 461, §4º do Código de Processo Civil fazer referência a “multa diária”, entende-se que a periodicidade da multa também é passível de modificação, conforme as necessidades do caso concreto. Dessa forma, a multa poderá ser fixada em parcelas superiores ou inferiores ao período de um dia (vinte e quatro horas).

Observe-se, que antes da Lei n. 10.444/2002, admitia-se unicamente o lapso temporal de um dia, por força dos arts. 644, *caput*, e 645, *caput*. Atualmente, o §5º do art. 461 do referido diploma legal fala em “multa por dia de atraso”, o que significa que admite-se a adoção de qualquer lapso temporal – por exemplo, semana, mês, semestre, horas etc. – na fixação da periodicidade da multa, estendendo-se a possibilidade de sua modificação, com a redução ou ampliação, conforme previsão no §6º do mesmo dispositivo legal.

2.2.6. Destinatário da multa

⁵² NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Em razão de seu caráter coercitivo, há doutrina que entende que o valor da multa sempre beneficiará a parte que pretende o cumprimento da obrigação, qual seja o autor/exequente⁵³. E no mesmo sentido é a jurisprudência do STJ⁵⁴. Contudo, há doutrinadores que entendem que o beneficiário da multa é o Estado, uma vez que

“o fim da multa é convencer o demandado a cumprir a decisão. Quem está por detrás do benefício que pode ser outorgado pela multa, portanto, não é o lesado ou o autor, mas sim o Estado”⁵⁵.

Sustentam, ainda, que trata-se de influência do direito alemão, em sua visão publicista, de que a multa é voltada à defesa da autoridade do Estado-juiz.

É explícito que o sistema legal brasileiro adotou o entendimento de que o valor da multa é devido à parte para a qual não foi determinado o cumprimento da obrigação, tanto é assim que o §2º do art. 461 do Código de Processo Civil estabelece que “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”. No entanto, critica-se a posição adotada pelo legislador; por um lado, aqueles que defendem que o destinatário da multa é o Estado, sustentam que “não há racionalidade em o lesado receber valor que não diz respeito ao dano sofrido. O dano deve ser ressarcido, e para tanto serve o ressarcimento em pecúnia, não existindo motivo para se admitir que, ao lado do ressarcimento, o lesado receba o valor da multa devida em razão da não observância da decisão judicial.”⁵⁶; por outro lado, para aqueles que entendem que o valor da multa é devido ao exequente, sustentam que haveria um locupletamento ilegítimo, pois “tendo tido um efetivo dano em razão do descumprimento da obrigação, caberá à parte pedir a devida indenização, tendo que provar a existência do dano. Tornando-se credor do valor da multa frustrada, a parte tem um ganho patrimonial em detrimento do patrimônio da parte contrária, sem nenhum respaldo jurídico para legitimar tal locupletamento.”⁵⁷

2.3. O ART. 461 E A FAZENDA PÚBLICA

⁵³ Cássio Scarpinella Bueno, Daniel Amorim, dentre outros.

⁵⁴ STJ, 1ª T., REsp 770.753/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. un. 27.02.2007, DJ 15.03.2007; STJ, 4ª T., REsp 1.006.473/PR; STJ, REsp 949.509/RS, rel. p/ acórdão Min. Marco Buzzi, j.m.v. 08.05.2012, DJe 19.06.2012

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *ibidem*.

⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2012.

Muito discutiu-se acerca da aplicação da multa coercitiva do art. 461 do Código de Processo Civil à Fazenda Pública.

Doutrina minoritária⁵⁸ entende pela inaplicabilidade do dispositivo perante a Fazenda Pública, sob o argumento de que não tendo o agente público interesse direto na demanda, e sabendo que eventual aplicação de multa não atingirá seu patrimônio, esta mostra-se ineficaz, uma vez que não proporciona pressão psicológica alguma ao cumprimento da ordem judicial.

Contudo, tal questão encontra-se superada, sendo pacífico o entendimento na jurisprudência⁵⁹ e na doutrina majoritária⁶⁰ pela aplicabilidade da multa coercitiva quando o devedor da obrigação de fazer ou não fazer é a Fazenda Pública. No entanto, ainda que sustente pela aplicabilidade das *astreintes* à Fazenda Pública, pondera Araken de Assis⁶¹ que:

“fluindo a multa, a ulterior execução do seu valor gravará toda a sociedade, em proveito de um credor, em geral, drenando recursos das rubricas orçamentárias apropriadas”.

Assim, sugere o referido autor que diante da resistência da Fazenda Pública ao cumprimento de ordem judicial, o melhor seria identificar o agente público competente para praticar o ato, advertindo-o de que seu comportamento constitui ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 599, II), o que autoriza a aplicação da multa do art. 14, inc. V e parágrafo único, do CPC. Para tanto, e nesse mesmo sentido, Daniel Amorim⁶² justifica que as dívidas da Fazenda Pública são quitadas pelos contribuintes, assim, seria injusta a responsabilização de toda a sociedade por ato de descumprimento de decisão judicial praticado pelo agente público.

Segundo a corrente majoritária, a identificação do agente público e a aplicação da multa coercitiva a ele próprio proporcionaria a pressão psicológica devida, em razão do temor gerado ao agente público em ver seu patrimônio próprio atingido. E corroborando com esse entendimento, o STJ⁶³ já decidiu que:

“o art. 11 da Lei n. 7.347/85 autoriza o direcionamento da multa cominatória destinada a promover o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer estipulada no bojo de ação civil pública *não apenas ao ente estatal, mas*

⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 75.

⁵⁹ STJ, 2ª T., AgRg no Ag 1.040.411/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.10.2008, DJe 19.12.2008; 1ª T., REsp 1.063.902/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 19.08.2008, DJe 01.09.2008. Ainda, STJ, 5ª T., REsp 464.388/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 26.08.2003, RSTJ 182/460; STJ, 6ª T., AI 480.864/RS – AgRg, Rel. Min. Paulo Medina, 13.05.2003, DJU 09.06.2003.

⁶⁰ Humberto Theodoro Júnior, Daniel Amorim Assumpção Neves, Araken de Assis, Cássio Scarpinella Bueno, dentre outros.

⁶¹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2012.

⁶³ STJ, 2ª T., EDcl no REsp 1.111.562, rel. Min. Castro Meira, DJe 16.06.2010.

também pessoalmente às autoridades ou aos agentes públicos responsáveis pela efetivação das determinações judiciais, superando-se, assim, a deletéria ineficiência que adviria da imposição desta medida exclusivamente à pessoa jurídica de direito público”.

Dessa forma, ainda, quando uma das partes litigantes é pessoa jurídica de direito público, não há dúvida quanto à pertinência da aplicação das “medidas de apoio” previstas no art. 461 com o intuito de forçá-la ao cumprimento das decisões judiciais, inclusive a multa, como já exposto, principalmente nos casos em que o direito a ser tutelado relacionar-se à dignidade da pessoa humana, à vida ou à saúde do jurisdicionado. Nesse sentido, destaca-se que a jurisprudência, tanto do STJ⁶⁴ como do STF⁶⁵ tem admitido, até mesmo, a determinação do bloqueio de verbas públicas como forma de viabilizar a efetiva e tempestiva entrega da prestação jurisdicional, longe do sistema dos precatórios. E mais, presentes os pressupostos do §3º do referido dispositivo legal, admite-se, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional específica mesmo em detrimento da Fazenda Pública.

2.4. O ART. 461 E A DEFESA DO EXECUTADO

Em que pese a impugnação ser o meio próprio de defesa do executado nas execuções por quantia certa, no “modelo constitucional de processo civil” (arts. 475-L e 475-M, do Código de Processo Civil), aplicam-se os mesmos dispositivos para a defesa do executado nas execuções das obrigações de fazer e não fazer, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

⁶⁴ STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.014.354/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. un. 11.11.2008, DJe 19.11.2008; 1ª turma, AgRg no Resp 1.002.335/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. un. 21.08.2008, DJe 22.09.2008; 2ª Turma, REsp 1.058.836/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 07.08.2008, DJe 01.09.2008.

⁶⁵ STF: 2ª Turma, RE-AgR 554.828, rel. Min. Cezar Peluso, j.un. 22.04.2008, DJe-88 15.05.2008; 2ª Turma, AI-AgR 626.445/RS, rel. Min. Eros Grau, j. un. 19.06.2007, DJ 03.08.2007; Pleno, Rcl 3.982/ES, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. un. 19.11.2007, DJE-162 13.12.2007.

Capítulo III

MANDADO DE SEGURANÇA

3.1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, disciplinou integralmente o processo do mandado de segurança individual, que antes era regulado pela Lei n. 1.533/51, e o mandado de segurança coletivo, que não havia previsão em lei específica, mas era integrado pela doutrina e jurisprudência desde o advento da Constituição Federal de 1988.

A nova lei revogou tacitamente a Lei n. 1.533, de 31.12.1951, e toda legislação que tratava do acesso ao remédio constitucional, desde a época da Constituição de 1946.

A evolução histórica do mandado de segurança relaciona-se com a necessidade de existência de uma tutela eficaz dos particulares contra o Estado, razão pela qual constitui o mecanismo apto a coibir qualquer atividade ilícita em suas mais diversas formas de manifestação por qualquer um que exerça função pública. Assim, presta-se para invalidar atos de autoridade do Poder Público ou suprimir os efeitos da omissão administrativa, causadores de lesão a direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder, nos casos em que não é cabível *habeas corpus* ou *habeas data*.

O mandado de segurança tem previsão expressa no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal⁶⁶. Trata-se de criação brasileira destinada a tutelar direitos lesionados ou ameaçados por autoridade pública, e tem origem na chamada “teoria brasileira do *habeas corpus*”. Foi constitucionalizado pela primeira vez na Constituição de 1934, permanecendo nas posteriores, com exceção da Constituição de 1937, no período do Estado Novo, em que teve previsão legal no Código de Processo Penal de 1939. Com a Constituição de 1946 voltou a ter *status* constitucional, o que foi preservado, inclusive, no período do regime militar.

Pode ser *repressivo* de ilegalidade ou abuso de poder já praticados, ou *preventivo*, quando se estiver diante de ameaça a violação de direito líquido e certo do impetrante. Neste último caso, a impetração só é legítima se a situação for de perigo concreto, determinado em

⁶⁶ “Art. 5º (...) LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;”

face de alguém e imediato de lesão, de forma que não se justifica a ameaça remota, genérica e abstrata.

3.2. CONCEITO

Como já exposto, o mandado de segurança encontra previsão no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e, portanto, exclui a proteção dos direitos inerentes à liberdade de locomoção (para a qual utiliza-se o *habeas corpus*) e ao acesso ou retificação de informações relativas à pessoa do impetrante constantes de bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (para o qual utiliza-se o *habeas data*).

O mandado de segurança exprime a ação intentada pela pessoa no sentido de ver assegurado um direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato de autoridade, manifestamente inconstitucional ou ilegal. Ou seja, em resumo, trata-se de uma ação constitucional de natureza civil, qualquer que seja a natureza do ato impugnado, seja ele administrativo, jurisdicional, criminal, eleitoral, trabalhista etc.

É, assim, o remédio processual constitucional instituído para garantir a pessoa, física ou jurídica, o exercício de direito, que a autoridade pública quer ameaçar ou violar, sem qualquer razão jurídica.

Assim, sua finalidade é anular o ato ilegal, que violou o direito do impetrante, caso em que é chamado “mandado de segurança *repressivo*”; ou impedir que se execute a ameaça contra tal direito, o chamado “mandado de segurança *preventivo*”.

3.3. NATUREZA DA AÇÃO

Apesar de ter embasamento constitucional, o mandado de segurança é uma ação civil, ou seja, não é penal, nem trabalhista, e deve, portanto, como toda e qualquer ação civil, ser estudado dentro da teoria geral do processo, regulado pelo Código de Processo Civil, naquilo que não confrontar seu modelo, sua finalidade e legislação próprios.

Não resta dúvida que o Código de Processo Civil é norma subsidiária para o mandado de segurança e deve ser aplicado sempre que houver lacuna nas leis específicas que tratem da matéria, desde que não haja conflito com sua natureza constitucional. Pondera

Vicente Greco Filho⁶⁷ que o *mandamus* tem aspectos especiais que alteram regras gerais, no entanto, tais disposições específicas não o retiram da categoria jurídica de ação.

Dessa forma, por não configurar mero processo de conhecimento para declaração de direitos individuais, tampouco se limitar à condenação para preparar futura execução forçada contra o Poder Público, tem procedimento especial com imediata força executiva contra o ato impugnado. Ou seja, se acolhida a segurança, o juiz vai além da declaração e da condenação, expede uma ordem de autoridade para cumprimento imediato, daí porque fala-se em *ação mandamental*.

A resistência da autoridade coatora ao cumprimento da ordem emanada pelo juiz configura desobediência à ordem legal de autoridade competente, sujeitando-a às penas administrativas e criminais correspondentes à desobediência.

3.4. LEGITIMAÇÃO

Os pressupostos subjetivos do mandado de segurança individual referem-se à indagação de quem pode propor e contra quem pode ser proposta a medida.

3.4.1. Legitimação ativa ordinária

Qualquer pessoa com capacidade de direito pode ser sujeito ativo do mandado de segurança. Assim, o legitimado ativo, impetrante é o detentor de “direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*”.

Segundo Humberto Theodor Júnior⁶⁸, qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, de direito público ou privado, nacional ou estrangeira, pode utilizar-se do mandado de segurança para corrigir o ato abusivo do agente do Poder Público que lhe tenha causado violação de direito líquido e certo.

Observe-se que o art. 1º da Lei n. 12.016/2009 tornou explícita a possibilidade do uso do mandado de segurança tanto pelas pessoas físicas como pelas pessoas jurídicas. Ainda,

⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente. *O Novo Mandado de Segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Mandado de Segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

a jurisprudência do STF⁶⁹ tem admitido a impetração do *mandamus* por brasileiro ou estrangeiro.

Também são dotadas de legitimação ativa para impetrar mandado de segurança as entidades despersonalizadas, como por exemplo, o espólio, a massa falida e o condomínio, quando forem dotadas de personalidade formal para o processo e houver ofensa ao patrimônio que representam por abuso de autoridade. Incluem-se, ainda, os organismos de direito público sem personalidade jurídica, se agirem na defesa de suas prerrogativas institucionais, quando estas forem violadas por outros entes do Poder Público, como da Presidência da República e da Câmara dos Deputados, do Prefeito e da Câmara dos Vereadores⁷⁰. Contudo, pondera Vicente Greco Filho⁷¹ que

“a simples existência da ilegalidade não gera a legitimidade para propor a ação. É necessário que essa ilegalidade ou abuso de poder cause violação do direito líquido e certo de determinada pessoa para que se torne legitimada para agir.”

Sobre a legitimação ativa, cabem, ainda, algumas considerações: 1) quanto às entidades de classe, pelo regime anterior, estas não podiam impetrar mandado de segurança em favor de seus associados. No entanto, a Constituição admitiu o mandado de segurança coletivo e a legitimação genéricas das entidades de classe para representar seus associados; 2) havendo solidariedade de direitos, qualquer dos titulares, isoladamente, pode impetrar mandado de segurança, beneficiando-se a todos, caso em que haverá uma substituição processual quanto à parte ideal dos não impetrantes (legitimação extraordinária).

Em mandado de segurança admite-se o litisconsórcio ativo, ou seja, a impetração simultânea por mais de um interessado, em processo único. Contudo, a doutrina majoritária sustenta que o litisconsórcio ativo será facultativo e só será permitido antes do despacho inicial, como prevê o §2º do art. 10 da Lei n. 12.016/2009⁷².

3.4.2. Legitimação ativa extraordinária

⁶⁹ “EMENTA: Ao estrangeiro, residente no exterior, também é assegurado o direito de impetrar mandado de segurança, como decorre da interpretação sistemática dos artigos 153, *caput*, da Emenda Constitucional de 1969 e do 5º, LIX da Constituição atual. Recurso extraordinário não conhecido.” (STF – 1ª Turma, RE 215.267/SP, Rel. Minª Ellen Gracie, j. 24.04.2001, DJU, 25.05.2001.)

⁷⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Mandado de Segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁷¹ GRECO FILHO, Vicente. *O Novo Mandado de Segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷² “Art. 10 (...) § 2º O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.”

Legitimação extraordinária, na definição de Cássio Scarpinella Bueno⁷³, “é a possibilidade de alguém figurar em juízo para a tutela de direito alheio”. Trata-se de técnica processual disposta no art. 6º do Código de Processo Civil⁷⁴, como o que ocorre na substituição processual. Assim, admite-se que um direito que pertença indistintamente a diversos titulares seja defendido em juízo por apenas um deles.

No caso do mandado de segurança, o impetrante deve ser titular de direito líquido e certo, embora esse direito seja compartilhado por outras pessoas, isto é, o direito deve caber a várias pessoas, e o impetrante irá agir por si, na defesa de direito próprio, bem como na defesa de direito alheio, agindo por aqueles que foram inertes.

Fala-se, ainda, em legitimação extraordinária sucessiva daquele cujo direito é reflexo do direito de outrem que permanece inerte (art. 3º da Lei n. 12.016/2009). Nesse caso, quando o direito do terceiro decorra de direito decorrente não exercido a tempo e modo oportunos, admite-se a impetração de mandado de segurança pelo terceiro prejudicado, em nome próprio, em favor do direito de outrem. Ou seja, a atuação do impetrante depende da omissão daquele que deveria agir mas não o fez, de forma que a legitimação extraordinária só se configurará depois de notificado o real titular do direito de ação e ultrapassado o prazo de 30 dias.

Observe-se que na legitimação extraordinária sucessiva a afetação do terceiro – o legitimado extraordinário que pretende agir em juízo – não decorre imediatamente do ato a ser impugnado; seu interesse na impetração do *mandamus* decorre de um direito próprio, porém, cujo exercício depende do direito originário.

Questão pertinente à legitimidade extraordinária sucessiva diz respeito ao prazo decadencial do mandado de segurança do terceiro que tem seu direito decorrente. A decadência opera-se após o decurso dos 120 dias, contados da ciência do ato impugnado, de modo que o terceiro, cujo direito é decorrente, deve notificar o titular imediato antes de 90 dias da mencionada ciência, a fim de cumprir o prazo de decadência que não se sujeita à suspensão nem à interrupção.

3.4.3. Legitimação passiva

Dada a previsão constitucional do mandado de segurança, não há dúvidas quanto à circunstância de ele ser mecanismo apto a coibir qualquer atividade ilícita em suas mais

⁷³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43.

⁷⁴ “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

diversas formas de manifestação praticada pelo agente do Poder Público que violou direito líquido e certo. Disso tem-se que o sujeito passivo do *mandamus* é a autoridade.

Autoridade, como define Vicente Greco Filho⁷⁵, é todo agente do Poder Público e também aquele que atua por delegação do Poder Público, usando do poder administrativo. Portanto, pode ser sujeito passivo o agente público diretamente ou o particular que exerça função delegada. Em suma, a autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Verifica-se, assim, uma relevante diferença entre o mandado de segurança e as ações em geral – estas, quando propostas em face do Estado por ato de seus agentes, são contra a pessoa jurídica de direito público que eles representam ou em nome de quem atuam, ou seja, contra a União, o Estado ou o Município; já com relação ao mandado de segurança, há divergência na doutrina: há corrente que defende que deverá ser proposto contra a própria autoridade⁷⁶, enquanto outra corrente entende que é necessário a indicação da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica a que o agente impugnado se acha integrado⁷⁷, e corroborando neste sentido, já decidiu a 5ª Turma do STJ no RMS 29.630/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. un. 06.10.2009, DJe 19.10.2009⁷⁸.

Para fins de mandado de segurança, autoridade coatora é aquela que por integração de sua vontade concretiza a violação ao direito individual.

Assim, para a identificação da autoridade coatora, Hely Lopes Meirelles⁷⁹ recomenda como critério verificar se a autoridade que praticou o ato tem competência para desfazê-lo, o que denota a participação de sua vontade no ato e, portanto, lhe confere a condição de autoridade coatora. Por sua vez, Cássio Scarpinella Bueno⁸⁰ acrescenta que é imprescindível que a autoridade tenha poder decisório ou deliberativo sobre a prática do ato ou a abstenção de praticá-lo, sendo necessário, ainda, a compreensão e identificação do ato coator a partir da doutrina do direito público. Nesse mesmo sentido, observa Humberto Theodoro Júnior⁸¹ que aquele que apenas realizou o ato em cumprimento de ordens de outrem não configura a

⁷⁵ GRECO FILHO, Vicente. *O Novo Mandado de Segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

⁷⁶ Vicente Greco Filho, por exemplo.

⁷⁷ Humberto Theodoro Júnior e a jurisprudência do STJ, por exemplo.

⁷⁸ “... A autoridade no Mandado de Segurança não é somente aquela que emitiu determinação ou ordem para certa providência administrativa ser implementada por outra autoridade, mas também a que executa diretamente o ato, praticando-o *in concreto*, conforme orienta o art. 6º, §3º da nova Lei do Mandado de Segurança, aplicável ao caso em exame, a teor do art. 462 do CPC (direito superveniente). (...)”

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36.

⁸⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Mandado de Segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

autoridade coatora exigida pela lei; assim, só quem dispõe de poder para ordenar ou revogar o ato impugnado deixa de ser mero executor material, para assumir a condição de autoridade coatora.

Observe-se, ainda, que não é sujeito passivo do mandado de segurança quem apenas exerce o poder normativo. Assim, de acordo com a Súmula 266 do STF, em princípio, “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”, salvo se for o ato normativo de feitos concretos, capazes de afetar imediatamente situação jurídica individual. Em outras palavras, isso significa dizer que não se pode utilizar o mandado de segurança como sucedâneo das formas de controle de constitucionalidade, sendo possível apenas a sua impetração para questionar lei de efeitos concretos.

O §1º do art.1º da Lei n. 12.016/2009, para fins de mandado de segurança, equipara a autoridade coatora, para figurar no polo passivo da ação, “os representantes ou órgãos de partidos políticos”; “administradores de entidades autárquicas, bem como “dirigentes de pessoas jurídicas ou pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público”, caso em que o *mandamus* somente será admissível quando disser respeito às atribuições delegadas. Dessa forma, admite-se a impetração de mandado de segurança em face de tais entes, ainda que não sejam vinculados à Administração, em razão de exercerem tarefas e serviços de caráter público.

Ainda, sobre a mencionada equiparação legal, Cássio Scarpinella Bueno⁸², em nota explicativa, discorre sobre o cabimento do *mandamus* contra as pessoas de direito privado:

“Nenhum dos entretanto, desvia-se da ideia da Constituição Federal, que traça um paralelo entre o exercício de *função pública* e o cabimento do mandado de segurança, independentemente de quem seja o exercente dessa *função*. Daí o cabimento do mandado de segurança contra pessoas de direito privado (exclusivamente regidas pelo direito privado), desde que ajam em nome do Estado por qualquer forma de delegação de serviço público ou a ele equiparável e, evidentemente, desde que o mandado de segurança diga respeito aos padrões de legalidade desse exercício da função pública. Por identidade de motivos, quando o exercício da função pública se der por empresa do Estado, mesmo que estruturada na forma do direito privado (CF, art. 173, §§ 1º e 2º), cabe o mandado de segurança. Absolutamente errado o entendimento de que não caberia mandado de segurança contra empresas públicas ou sociedades de economia mista porque regidas por normas de direito privado.”

⁸² BUENO, Cássio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, nota explicativa n. 8, p. 25.

Por fim, registre-se que a Lei n. 12.016/2009 impôs, em retrocesso, o litisconsórcio necessário passivo entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que pertence.

3.4.4. Legitimidade recursal

Quando da vigência da Lei n. 1.533/1951, havia discussão doutrinária e jurisprudencial que questionava a possibilidade da autoridade coatora recorrer da sentença proferida no mandado de segurança em nome próprio, entendendo que o recurso somente poderia ser interposto pela pessoa jurídica interessada. No entanto, a Lei n. 12.016/2009, embora reconheça a pessoa jurídica como parte, em seu art. 14, §2º, estendeu expressamente a legitimidade recursal para a autoridade coatora. Assim, pode recorrer um ou outro dos legitimados, ou ainda, ambos.

3.5. ATO DE AUTORIDADE JUDICIAL

O mandado de segurança tem como finalidade corrigir ilegalidade ou abuso de poder da autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público. Assim, tanto os atos vinculados quanto os atos discricionários são atacáveis por meio do mandado de segurança, pois a Constituição Federal e a lei ordinária, quando falam em *ilegalidade*, referem-se ao *ato vinculado*, e *abuso de poder*, referem-se ao *ato discricionário*.

O art. 5º da Lei n. 12.016/2009, estabelece as hipóteses de não cabimento do mandado de segurança, e em seu inciso II afasta a aplicação do *writ* em face de ato judicial nos casos em que contra a decisão proferida couber recurso *com* efeito suspensivo.

Em princípio, não cabe mandado de segurança contra decisão judicial, pois o modo de impugná-la consta do próprio procedimento em juízo, sendo o recurso, no próprio bojo do processo, o meio cabível para sanar erro ou ilegalidade de autoridade judicial. No entanto, os tribunais têm admitido a impetração do mandado de segurança contra ato judicial, desde que presentes três requisitos: I) inexistência de recurso processual idôneo para a defesa do direito lesado ou ameaçado; II) incoerência de coisa julgada; III) ocorrência de teratologia na decisão impugnada.

Humberto Theodoro Júnior⁸³ explica que sendo o ato judicial insuscetível de recurso, ou ainda, se possível a sua impetração, porém, não for dotado de efeito suspensivo, nestes casos, não há como excluir a possibilidade de utilização da garantia constitucional. Contudo, pondera que com a modificação do art. 588 e parágrafo único do CPC, com redação da Lei n. 9.139/1995, que autoriza o relator, em agravo e apelação, a suspender a decisão recorrida, sempre que houver risco de lesão grave e de difícil reparação e a fundamentação do recurso for relevante, em tal caso, não há como admitir a utilização do mandado de segurança.

Por fim, vale destacar a situação dos Juizados Especiais. A Lei n. 9.099/1995, que rege as ações nos Juizados Especiais, não admite ação rescisória (art. 59). Assim, havendo violação de direito líquido e certo da parte vencida, admite-se o mandado de segurança, mesmo após a coisa julgada, sob o fundamento de que por tratar-se de uma garantia constitucional, não pode ser recusado o remédio constitucional a quem esteja em situação de vítima de ilegalidade.

3.6. DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Em outras palavras, é o direito comprovado de plano. Ainda, na definição de Hely Lopes Meirelles⁸⁴, trata-se de direito “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”.

Para a doutrina geral do direito, o comando emergente da norma jurídica é sempre objetivamente certo e determinado. Como a incerteza sobre o conteúdo da norma é subjetiva, e não objetiva, cabe ao magistrado, no caso concreto, interpretar a vontade da lei. Assim, o que pode ser incerto é a situação de fato à qual deve aplicar-se o direito.

A doutrina moderna do mandado de segurança define o direito líquido e certo como a certeza quanto à situação de fato, porque o direito, ainda que seja complexa a sua interpretação, terá a sentença como meio hábil para sua afirmação. Assim, tem-se que o pressuposto do mandado de segurança é a ausência de dúvida quanto à situação de fato, que deve ser provada documentalmente, isto é, os fatos é que deverão ser líquidos e certos para o

⁸³ THEODORO Júnior, Humberto. *O Mandado de Segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas corpus”*. 19^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 34-35.

cabimento do mandado de segurança. Portanto, havendo incerteza quanto aos fatos, não é cabível o *mandamus*, devendo a parte lesada pleitear seus direitos por meio das vias ordinárias, em que se admite dilação probatória.

O procedimento do mandado de segurança é sumário e não contém fase de coleta de provas que não sejam documentais, imediatamente exibíveis. Nos dizeres de Vicente Greco Filho⁸⁵, “é um processo sumário documental, isto é, um processo rápido, concentrado, fundado em prova documental”.

3.7. PROVA DOCUMENTAL

Como já exposto, para atender ao requisito do mandado de segurança é essencial que o impetrante apresente a prova documental. Porém, nem sempre o impetrante detém tal documento, que se encontra em poder de repartição pública ou de terceiros que não se dispõem voluntariamente a cooperar com ele. No entanto, isso não impede o seu acesso ao remédio constitucional, sendo possível a utilização de um mecanismo legal para provocar a exibição do documento em juízo, que encontra previsão no art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei n. 12.016/2009.

Assim, estando o documento necessário à prova do alegado em poder de repartição, estabelecimento público ou autoridade que se recuse a fornecê-lo, o juiz, no mesmo processo, determinará a exibição do documento original ou cópia autêntica, no prazo de dez dias, não sendo necessário, portanto, a impetração de mandado de segurança para tal finalidade, nem a aplicação do incidente de exibição de documento previsto nos arts. 355 a 363, do CPC, ou da medida cautelar de exibição dos arts. 844 e 845, do mesmo diploma legal. Apresentados os documentos, o escrivão providenciará cópias para a formação da contrafé.

No caso de a recusa em apresentar o documento ser da própria autoridade coatora, a ordem de exibição será feita na notificação prevista no inciso I do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, que concede o prazo de dez dias para que apresente as suas informações.

3.8. PRAZO PARA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA

⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente. *O Novo Mandado de Segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

O art. 23 da Lei n. 12.016/2009 prevê que o prazo para impetrar o mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência do ato a ser impugnado pelo interessado.

Trata-se de prazo decadencial, portanto, não se sujeitas às suspensões e interrupções próprias da prescrição. Assim, o que se opera é a extinção do prazo para impetrar o *mandamus*, e não a extinção do direito subjetivo do interessado, que após o decurso do prazo de 120 dias poderá ser amparado por outro meio ordinário de tutela jurisdicional. Nesse sentido, já decidiu o STF no RMS 21.362, 14.04.1992, DJU 26.06.1992. Ademais, muito se discutiu sobre a constitucionalidade desse prazo, contudo, a questão encontra-se pacificada pelo STF com a edição da Súmula 632⁸⁶.

Por fim, com relação ao prazo de impetração do mandado de segurança, Hely Lopes Meirelles⁸⁷ observa que o prazo de caducidade cessa desde a data da impetração, não havendo a possibilidade de decadência intercorrente, embora possa ocorrer prescrição da ação, no prazo geral para as postulações do particular em face da Administração (prazo de 05 anos), com a paralisação do processo, por culpa do impetrante.

3.9. COMPETÊNCIA

O art. 2º da Lei n. 12.016/2009⁸⁸ estabelece regra para a identificação da competência para processamento e julgamento do mandado de segurança. Na classificação de Carnelutti, trata-se de critério objetivo, uma vez que utiliza-se de um elemento da lide, qual seja, a qualidade da pessoa que suportará as consequências de ordem patrimonial. Em outras palavras, explica Cássio Scarpinella Bueno⁸⁹ que em mandado de segurança a competência é fixada em razão da função exercida pela autoridade coatora. Assim, em resumo, tem-se que a competência para processar e julgar o mandado de segurança depende da categoria da autoridade coatora e sua sede funcional, definida tanto na Constituição Federal, como nas leis infraconstitucionais. Destaca-se aqui a importância da sede funcional, pois é no foro dessa sede que deverá tramitar o *mandamus*.

⁸⁶ STF, Súmula 632: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.”

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

⁸⁸ “Art. 2º Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.”

⁸⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

Aplicam-se, assim, as regras gerais de competência. Em primeiro lugar, as regras de competência originária dos tribunais previstas na Constituição Federal, como por exemplo, a competência originária do STF (art. 102, inc. I, alínea *d*) e do STJ (art. 105, inc. I, alínea *b*). Nestes casos, contra a denegação da segurança em processos de competência originária dos tribunais superiores ou locais, a Constituição prevê o cabimento de recurso ordinário para o STF (art. 102, inc. II, alínea *a*) e para o STJ (art. 105, inc. II, *a*), respectivamente.

Compete à Justiça Federal de 1º grau processar e julgar o mandado de segurança impetrado em face de autoridade federal não compreendida na competência de tribunal determinada no texto constitucional. Para efeito de competência, o art. 2º da Lei n. 12.016/2009 define quem é “autoridade coatora federal” – assim, é federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato impugnado forem suportadas pela União ou por entidade por ela controlada, isso significa empresas públicas, sociedades de economia mista, ou entidades equiparadas, no que diz respeito ao controle.

A competência da Justiça Comum Estadual está prevista nas Constituições Estaduais e nas Leis de Organização Judiciária locais. No entanto, ressalte-se que essa legislação não tem força de alterar regras de competência de foro traçadas pela legislação processual federal.

Por fim, aplicam-se as regras de competência das Justiças especiais, eleitoral e trabalhista, na quais também há casos de competência originária dos respectivos tribunais (TRTs, TST, TREs e TSE), segundo legislação própria.

Quanto à competência de foro, a regra é a circunscrição ou comarca/subseção judiciária em que foi praticado o ato ou o local da sede legal da autoridade impetrada (e não a sede da pessoa jurídica).

Com relação ao STF e ao STJ, observe-se que a competência originária em mandado de segurança é limitada aos casos enumerados taxativamente pela Constituição Federal, não sendo possível, portanto, conhecer o *mandamus* impetrado contra atos de tribunais locais. Neste caso, o mandado de segurança deve ser impetrado perante o próprio tribunal em que ocorreu o ato que se quer impugnar.

No que diz respeito aos atos dos Juizados Especiais, não há competência do STF, nem do STJ, nem dos Tribunais locais, devendo o mandado de segurança ser impetrado perante a turma Recursal, ainda que o ato tenha sido por ela praticado. Nesse sentido, já

decidiu o Pleno do STF, no julgamento do Edcl. no MS 25.087/SP, Rel. Min. Carlos Britto, ac. 21.09.2006, DJe 1.05.2007⁹⁰.

Contudo, em sentido contrário, Cássio Scarpinella Bueno⁹¹ defende que a competência para julgamento do mandado de segurança é aquela expressamente prevista nas Constituições (Federal e Estaduais), bem como nas leis ou normas de organização judiciária federal ou estaduais. Assim, não há como admitir que eventual mandado de segurança impetrado contra ato de juiz dos Juizados Especiais seja julgado perante os colégios ou Turmas Recursais.

3.10. PROCEDIMENTO

O procedimento do mandado de segurança é bastante singelo, uma vez que o remédio constitucional não admite instrução probatória.

3.10.1. Petição inicial

A propositura da ação se dá por meio de petição inicial, nos termos do art. 6º, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, que deverá ser redigida em duas vias e vir acompanhada obrigatoriamente da prova pré-constituída a respeito da causa de pedir, observados os requisitos da petição inicial dispostos nos arts. 282 e 283 do CPC, aplicando-se, portanto, os casos de inépcia da inicial dispostos no art. 295 e parágrafo único da lei processual.

Entre os requisitos da inicial, sob pena de inépcia, deverão constar a autoridade coatora (sujeito passivo do *mandamus*), bem como a pessoa jurídica que esta integra, à qual se encontre vinculada ou da qual exerce atribuições, que são indispensáveis para a aplicação do disposto nos arts. 7º, incisos I e II, e art. 9º, da Lei 12.016/2009.

⁹⁰ “EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA COLÉGIO RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS. INCOMPETÊNCIA DO STF. PRETENDIDA REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE. RISCO DE PERECIMENTO DO DIREITO. AJUSTE DE VOTO. Em razão da taxatividade da competência deste Supremo Tribunal em sede de mandado de segurança (alínea "d" do inciso I do art. 102), é da própria Turma Recursal a competência para julgar ações mandamentais impetradas contra seus atos. Precedentes. O risco de perecimento do direito justifica a remessa dos autos à Corte competente para o feito. Pelo que é de se rever posicionamento anterior que, fundado na especialidade da norma regimental, vedava o encaminhamento do processo ao órgão competente para sua análise. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental. Agravo regimental a que se nega provimento, determinando-se, contudo, a remessa dos autos ao Juizado Especial impetrado.”

⁹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

Ademais, nos casos em que o documento necessário para fazer prova do alegado encontrar-se em poder de repartição pública ou de terceiros que se recusem a fornecê-lo, como já exposto no item 3.7 do presente estudo, por força do art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei n. 12.016/2009, o juiz, no mesmo processo, determinará a exibição do documento original ou cópia autêntica, no prazo de dez dias.

Como em qualquer ação, prevê o art. 10 da Lei n. 12.016/2009, que a petição inicial do mandado de segurança poderá ser indeferida quando, desde logo, se verifique falta de condição da ação ou pressuposto insanável ou, ainda, que tenha ocorrido a decadência. Os casos de indeferimento da inicial são os elencados no Código de Processo Civil, inclusive os de inépcia (art. 295 e parágrafo único, do CPC), e contra a decisão de indeferimento da inicial cabe apelação, quando a segurança é impetrada perante o juiz de 1º grau, caso em que será processada nos termos do Código de Processo Civil. No caso de mandado de segurança originário dos tribunais, se o indeferimento da inicial for decretado por decisão monocrática do Relator, cabe agravo interno para o órgão colegiado competente para o exame do *mandamus*. Se a decisão de indeferimento já for do próprio órgão colegiado, cabem os recursos especial e extraordinário, nos termos das normas gerais sobre estes recursos.

Estando a petição inicial em ordem, a autoridade coatora é notificada e terá o prazo de dez dias para prestar suas informações (art. 7º, inc. I, da Lei n. 12.016/2009). Note-se que esse prazo conta-se a partir do dia seguinte da notificação, e não da juntada da cópia da notificação prevista no art. 11 da mesma Lei. Ressalte-se, ademais, que a lei não fala em citação, mas em notificação, esta, no entanto, tem a mesma função da citação⁹². Contudo, as informações não têm as mesmas características da contestação no processo comum: quem presta as informações é a própria autoridade coatora, e sua falta não gera a confissão, apenas poderá facilitar a concessão da ordem e, também, acarretar responsabilidade funcional ao servidor omissor, mas sem revelia nem desobediência em face do Judiciário.

Ainda, nos termos do inc. II do mesmo art. 7º, a pessoa jurídica a que se vincula o coator será intimada para que, em havendo interesse da Administração, ingresse no feito. Observe-se que essa intimação é feita sem prazo, assim, é possível a intervenção a qualquer tempo ou fase do processo, respeitados os atos já vencidos e preclusos. A ausência de manifestação não acarreta qualquer efeito da revelia, no entanto, não se admite a alteração do pedido ou da causa de pedir após as informações prestadas pelo coator. No inciso III, a Lei

⁹² “A notificação válida no mandado de segurança tem a natureza de citação do processo de conhecimento, possuindo o efeito de interromper o curso do prazo prescricional” (STJ, 2ª Turma, REsp 400.352/BA, Rel. Min. Paulo Medina, ac. 01.10.2002, DJU 10.03.2003).

prevê a viabilidade de o juiz conceder liminar em favor do impetrante, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida.

O mandado de segurança poderá, ao final, ser denegado se ocorrer uma das hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267 do CPC (art. 6º, §5º da Lei n. 12.016/2009). Nesses casos, em razão da extinção do *mandamus* ocorrer sem julgamento do mérito, é possível a renovação do pedido de segurança, porém, desde que respeitado o prazo decadencial de impetração (art. 6º, §6º da referida Lei). Contudo, observe-se que a decisão proferida no mandado de segurança fundada no art. 269, inciso I, do CPC, em “autêntica sentença de mérito”, como denomina Cândido Rangel Dinamarco, faz coisa julgada material, tenha ela acolhido ou rejeitado o pedido do impetrante. Assim, o procedimento sumário do mandado de segurança, aliado à impossibilidade de produção de provas além daquelas que acompanham a petição inicial, produz decisão final de mérito, proferida em cognição exauriente, sendo, portanto, passível de transitar materialmente em julgado. Logo, não há que se falar que, uma vez rejeitado o pedido do impetrante, julgados os recursos ou, não havendo recurso e superado o reexame necessário previsto no art. 14, §1º da Lei n. 12.016/2009, a decisão é alcançada pela coisa julgada material, tornando-se imutável, inquestionável e indiscutível e, portanto, vedada a impetração de novo *mandamus* ou, ainda, o ajuizamento de qualquer outra ação fundada no mesmo pedido, na mesma causa de pedir e entre as mesmas partes (art. 301, §§1º a 3º, do CPC).

3.10.2. Revelia

Em razão da natureza de ação constitucional, não se aplicam ao mandado de segurança os efeitos da revelia previstos nos arts. 319 a 322 do CPC. Dessa forma, com ou sem as informações da autoridade coatora, o juiz decide a causa, contudo, proferirá a sentença com base apenas na prova produzida e no direito aplicável à espécie, no caso do mandado de segurança, nos documentos trazidos aos autos com a inicial, como prova pré-constituída do direito líquido e certo do impetrante. Não havendo essa prova, a segurança será denegada.

3.10.3. Ministério Público

O art. 12 da Lei n. 12.016/2009 dispõe sobre o procedimento do *mandamus* após o decurso do prazo das informações e da manifestação da pessoa jurídica. Assim, findo o

referido prazo, com ou sem as informações da autoridade coatora, será dado vista ao Ministério Público para manifestação, no prazo improrrogável de dez dias (art. 12, *caput*).

Ressalte-se que a intervenção do Ministério Público em mandado de segurança é obrigatória, que o faz na qualidade de fiscal da lei, e nessa qualidade, opina com liberdade, ou seja, sem qualquer vinculação prévia com o impetrante ou com a autoridade coatora. Assim, sua intervenção justifica-se pela tutela do interesse público na proteção dos direitos individuais e da correta aplicação da lei, bem como pela possibilidade de eventual abuso do poder por parte da autoridade.

No entanto, com ou sem parecer do órgão ministerial, os autos serão conclusos ao juiz, que deverá proferir sentença no prazo de trinta dias (art. 12, parágrafo único, da referida Lei).

3.10.4. Sentença e recurso

Como exposto anteriormente, o art. 12, parágrafo único, da Lei n. 12.016/2009, prevê que, dado vista do mandado de segurança ao Ministério Público, “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”.

Com relação ao prazo de trinta dias mencionado, a doutrina, em geral, entende que os prazos dos magistrados são impróprios, ou seja, o seu descumprimento não implica em qualquer consequência processual, salvo se o atraso se der sem justa causa, caso em que poderá acarretar em responsabilidade funcional. No entanto, há corrente doutrinária em sentido contrário.

Destaca-se, ainda, que a disciplina do mandado de segurança é especial em relação à intimação da sentença que se faz no Processo Civil por publicação no “Diário Oficial” na pessoa do advogado. No mandado de segurança, se concedida a segurança, a intimação é feita mediante ofício, por meio de oficial de justiça ou pelo correio, com aviso de recebimento à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada a que pertence a autoridade, sendo que da data desta intimação é que corre o prazo para a apelação. Já, se for caso de urgência, sendo concedida a segurança, a intimação pode ser feita por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico, desde que assegurada a autenticidade prevista no art. 4º da referida Lei.

No caso de improcedência ou extinção do processo por qualquer outro motivo, na falta de regra especial, a intimação da sentença é feita às partes pelo sistema do Código de Processo Civil.

Ressalte-se que em mandado de segurança não há condenação em honorários advocatícios sucumbenciais quando é denegada a segurança, nem por eles responde a autoridade coatora quando a ordem é deferida (art. 25 da Lei n. 12.016/2009). Nesse sentido é o entendimento sumulado nos Tribunais Superiores⁹³.

O art. 14, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, por sua vez, prevê que o recurso cabível contra a sentença que denega ou concede a segurança em primeira instância é a apelação. Entretanto, em se tratando de mandado de segurança impetrado perante os Tribunais, a disciplina recursal vem tratada nos arts. 16, parágrafo único, e 18, da referida Lei.

Em seu §1º, o art. 14 dispõe que a sentença que conceder a segurança estará sujeita ao reexame necessário. Sobre o duplo grau de jurisdição, observa Cássio Scarpinella Bueno⁹⁴ que este não depende do valor da causa (art. 475, §2º, do CPC), nem do fato de sua fundamentação estar em consonância com a jurisprudência predominante ou sumulada do Supremo Tribunal Federal ou do tribunal superior competente (art. 475, §3º, do CPC).

Em seu §2º, o art. 14 da Lei n. 12.106/2009 dispõe sobre a legitimidade da autoridade coatora para recorrer em nome próprio, e não como mero representante do órgão ou da pessoa jurídica a que pertence. Isso significa dizer que tanto a pessoa jurídica quanto a autoridade coatora têm o direito de recorrer voluntariamente. A legitimidade recursal da autoridade coatora, assim, decorre da extensão do reconhecimento de sua legitimidade passiva para atuar em litisconsórcio passivo necessário com a pessoa jurídica, por força do disposto no art. 6º da Lei n. 12.016/2009. No entanto, embora assim defina a Lei, o dispositivo gera a falsa impressão de que a legitimidade recursal da autoridade coatora restrinja-se ao recurso de apelação, porém, saliente-se que tal legitimidade autoriza o manejo de quaisquer recursos cabíveis.

O §3º do art. 14, por sua vez, retira o efeito suspensivo da apelação nos casos em que a segurança for deferida, isto é, nos casos em que a sentença for favorável ao impetrante. O efeito suspensivo da apelação impede que a sentença produza seus efeitos, inclusive o de revogar ou cassar liminar anteriormente concedida. Assim, por não ser a apelação dotada de efeito suspensivo, torna-se possível a execução provisória da sentença, salvo nos casos em

⁹³ STF, Súmula n. 512: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”, e STJ, Súmula n. 105: “Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.”

⁹⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

que a lei não permite a concessão da medida liminar, quando, então, a execução será possível somente após o trânsito em julgado da sentença.

3.11. LIMINAR

Ao despachar a petição inicial, recebendo-a, nos termos do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, o juiz adotará três providências: primeiro, determina que se proceda a notificação da autoridade coatora para prestar informações no prazo de dez dias (inc. I); em segundo, determina que se dê ciência da pessoa jurídica a que pertence a autoridade, por meio da entrega de cópia da inicial a seu representante legal para que, se houver interesse, ingressar no feito (inc. II), e fazendo-o, será na qualidade de assistente litisconsorcial; a terceira providência é conceder medida liminar, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder acarretar dano irreparável para o impetrante se, ao final, este tiver razão e a ordem for concedida em definitivo (inc. III).

Observe-se que a liminar não é condição para o processamento do mandado de segurança, o qual poderá ser processado sem ela. No entanto, o juiz deverá concedê-la quando a demora puder acarretar dano irreparável para o impetrante e a concessão não causar mal maior ao interesse público. O critério da liminar, note-se, não é prognóstico de sucesso da concessão definitiva da segurança, mas sim a irreparabilidade do dano no caso da demora, se houver fundamento relevante.

Quanto às dimensões da liminar em mandado de segurança, o poder do juiz não se restringe à suspensão do ato impugnado, poderá, também, determinar providências ativas, no moderno conceito de antecipação de tutela, que assegurem a efetividade do acesso à justiça e da tutela do direito do impetrante. Em outras palavras, o inciso II do art. 7º é um provimento de urgência de largo espectro, que pode configurar medida cautelar, medida de antecipação de tutela, ou ainda, medida satisfativa, tornando-se, inclusive, capaz de esgotar o objeto do pedido.

3.11.1. Requisitos da liminar

O inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009⁹⁵ autoriza o juiz a conceder, *in limine litis*, medida liminar em favor do impetrante para suspender o ato impugnado. Para tanto, exige-se dois requisitos, que participam da natureza da antecipação de tutela:

a) relevância da fundamentação do mandado de segurança, ou seja, o “bom direito” do impetrante, revelado pela argumentação da inicial em torno do direito subjetivo lesado ou ameaçado pela autoridade coatora, devidamente demonstrado, de maneira plausível ou verossímil, e acompanhado da prova documental obrigatoriamente produzida;

b) risco de ineficácia da segurança, se vier a ser deferida, trata-se do *periculum in mora* das tutelas de urgência, ou seja, o risco de dano grave e iminente, capaz de consumir-se antes da sentença, de forma que esta, a seu tempo, seria despida de força ou utilidade para dar cumprimento à tutela real e efetiva de que a parte é carecedora.

Em mandado de segurança individual, a medida liminar é sempre concedida *inaudita altera parte*, isto é, ocorre no despacho inicial, antes mesmo da notificação da autoridade coatora. Já, no mandado de segurança coletivo, o juiz pode conceder a suspensão da liminar do ato impugnado “após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas”, na redação do art. 22, §2º, da Lei n. 12.016/2009.

3.11.2. Direito à liminar e caução

O inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, ainda, inova ao facultar ao juiz que “exija do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”, caso ocorra, ao final, a denegação da segurança.

Contudo, não há como interpretar a exigência da caução como condição para a concessão da liminar. O referido dispositivo, na verdade, autoriza o juiz, no caso concreto, impor a caução para assegurar eventual resultado infrutífero se, ao final, o pedido do impetrante for rejeitado. Dessa forma, a caução deve ser adotada excepcionalmente, somente justificável em havendo interesse público. Ressalte-se que o juiz não é autorizado, somente diante dos pressupostos exigidos pela lei (fundamento relevante e perigo de ineficácia da

⁹⁵ “Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...)

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

medida), possa exigir, sem qualquer fundamento plausível e justificável, a caução, fiança ou depósito.

3.11.3. Recurso contra a decisão da liminar

O §1º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009⁹⁶ dispõe sobre o recurso cabível contra a decisão que conceder ou denegar a liminar. Essa questão, antes da referida lei, dividia posicionamentos nos Tribunais e na jurisprudência. No entanto, a Lei solucionou tal questão ao tornar explícita a recorribilidade da decisão concessiva ou não de liminar em mandado de segurança por meio do agravo. Humberto Theodoro Júnior⁹⁷ acrescenta que o agravo é o recurso cabível contra a decisão concessiva ou denegatória da liminar, tanto nos mandados de segurança de competência de primeiro grau, caso em que será interposto na forma de instrumento (art. 7º, §1º, da Lei n. 12.016/2009); e naqueles de competência originária dos tribunais, será interno, endereçado ao colegiado do tribunal (art. 16, parágrafo único).

Ressalte-se que o art. 7º, §1º da referida Lei é expresso quanto ao cabimento do agravo *de instrumento*, em consonância com o atual sistema processual civil, pois o agravo na forma *retida* não seria admissível, dada a urgência que fundamenta todo e qualquer pedido de liminar em mandado de segurança, bem como porque só seria apreciado quando do julgamento da apelação.

3.11.5. Vedações à liminar

O §2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 prevê hipóteses em que é vedada a concessão de medida liminar em mandado de segurança: compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

O rol apresentado não é taxativo e a lei, no entanto, não trouxe qualquer novidade ao ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, note-se que as restrições apresentadas não foram ao mandado de segurança, mas somente à concessão da liminar.

⁹⁶ “Art. 7º (...) §1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.”

⁹⁷ THEODORO Júnior, Humberto. *O Mandado de Segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Destaque-se que a jurisprudência do STJ anterior à Lei n. 12.016/2009 editou a Súmula 212, que veda a compensação de créditos tributários em ação cautelar ou por medida cautelar ou antecipatória. Quanto às demais vedações, registre-se que estas já eram objeto de previsões legais e foram apenas consolidadas pela referida lei.

No entanto, embora o entendimento majoritário seja pela inconstitucionalidade do dispositivo em comento, há entendimento em sentido contrário, por força da edição da Súmula 729 do STF⁹⁸.

3.11.6. Duração dos efeitos da liminar

O art. 7º, §3º da Lei n. 12.016/2009 prevê que “os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença”. A liminar representa uma antecipação de tutela, em caráter provisório e temporário. Assim, se concedida a liminar, seus efeitos perduram até a sentença final, ficando mantidos se procedente o mandado de segurança, uma vez que a decisão definitiva substitui o provimento liminar; ou serão cassados, em caso de denegação da segurança, extinguindo-se o provimento provisório por incompatibilidade com o julgado definitivo. Neste sentido, a Súmula 405 do STF⁹⁹.

A liminar, em caso de denegação da segurança, sujeita-se a extinção por preempção ou caducidade, nos termos do art. 8º da referida Lei, que poderá ser decretada de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público, nas hipóteses em que o impetrante criar obstáculo ao normal prosseguimento do feito ou deixar de promover os atos e diligências que lhe forem inerentes, por mais de três dias. Trata-se de forma de repressão à litigância de má-fé ou à conduta temerária daquele que se beneficiou da medida emergencial e não assegurou a marcha célere imposta pela lei.

3.11.7. Suspensão da liminar

O art. 15 da Lei n. 12.106/2009 disciplina o chamado “pedido de suspensão” ou “suspensão da segurança”, por meio do qual é possível suspender a eficácia da medida liminar ou de sentença concessiva de segurança para evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança

⁹⁸ STF, Súmula 729: “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.”

⁹⁹ Súmula n. 405 do STF: “Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.”

e à economia públicas”. É, na verdade, uma espécie de “pedido de efeito suspensivo avulso”, em que são legítimas para formular tal pedido a pessoa jurídica de direito público interessada e o Ministério Público, sendo equiparadas àquela as entidades despersonalizadas a que se reconhece legitimidade para figurar nas ações de segurança. Saliente-se que empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades privadas delegatárias de serviços públicos não podem pleitear a suspensão.

Cabe ao Presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso. Assim, da decisão que deferir a suspensão cabe agravo interno para o colegiado competente, que deverá ser levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição; se indeferido o pedido de suspensão, ou provido o agravo interposto contra a decisão que deferiu tal pedido, conforme a matéria discutida, é possível, ainda, renovar igual pedido junto ao STF ou STJ.

O STF editou a Súmula n. 626, pela qual “a suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”. Disso conclui-se que a suspensão, nesse caso, anula a possibilidade de execução provisória da sentença prevista no art. 14, §3º, da Lei n. 12.016/2009.

3.12. SENTENÇA E COISA JULGADA

3.12.1. Efeitos da sentença em mandado de segurança

Não obstante as considerações feitas anteriormente sobre a sentença em mandado de segurança, quanto aos efeitos da sentença que defere a segurança, ressalte-se que esta pode apresentar qualquer um dos efeitos conhecidos para provimento de um processo de conhecimento, isto é, pode ostentar natureza declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*. Sua eficácia será *declaratória*, se for suficiente a declaração de nulidade do ato de poder impugnado pelo impetrante, por exemplo; será *constitutiva*, se a solução do caso exigir alguma modificação na relação jurídica existente entre o impetrante e o Poder Público; será *condenatória*, se alguma prestação positiva ou negativa tiver de ser exigida da autoridade coatora; ou, será *mandamental* ou *executiva* *lato*

sensu’, se, para cumprimento do mandamento sentencial, a autoridade coatora tiver de praticar ato administrativo próprio de seu ofício.

O caráter mandamental da sentença tem força de ordem irresistível, assim, seu descumprimento de maneira intencional acarretará para a autoridade coatora a aplicação das sanções disciplinares e criminais do crime de desobediência (art. 330 do Código Penal). Ademais, aplica-se, ainda, as sanções processuais da litigância de má-fé, previstas no Código de Processo Civil (arts. 14, inc. V, e 18, §2º).

3.12.2. Coisa julgada formal e material

Segundo o Código de Processo Civil, somente as sentenças que apreciam o mérito fazem coisa julgada material, isto é, tornam impossível a rediscussão da mesma matéria em nova ação perante o Judiciário.

Em mandado de segurança, o deferimento da ordem caracteriza um julgamento de mérito que, em seguida, produzirá a coisa julgada material, nos termos da lei processual civil (arts. 467 e seguintes do CPC). O mesmo ocorre quando do indeferimento da ordem com o reconhecimento da inexistência do direito subjetivo material discutido. Portanto, decidindo-se o mérito do mandado de segurança, isto é, o pedido do impetrante, em cognição exauriente, seja para reconhecer a lesão ou ameaça reclamada pelo impetrante ou para negá-la, não há mais possibilidade de a mesma questão, esgotadas as vias recursais, ser rediscutida perante o Judiciário, seja por meio de novo mandado de segurança ou de qualquer outra “ação”. Ressalte-se, ainda, que decorrido o prazo de dois anos para a propositura de ação rescisória, observado o art. 485 do CPC, encerra-se por completo a possibilidade de rediscussão da referida matéria.

Se a denegação da segurança, no entanto, ocorrer por falta ou insuficiência de prova, será caso de iliquidez e incerteza do direito, operando-se apenas a coisa julgada formal, neste caso, é possível, portanto, a satisfação do direito pela via própria, nos termos do art. 19 da Lei n. 12.016/2009¹⁰⁰.

¹⁰⁰ “Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.”

Feitas as considerações sobre a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, bem como da multa diária do art. 461 do Código de Processo Civil e do mandado de segurança nos capítulos anteriores, no presente capítulo estuda-se a possibilidade de aplicação da multa coercitiva do art. 461 do CPC em mandado de segurança.

Como visto no Capítulo III, o mandado de segurança é o remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição do titular de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública.

Pois bem, por meio do *mandamus*, o impetrante postula uma ordem ao magistrado, o qual irá proferir um mandamento, seja por meio da concessão de liminar ou de sentença, que terá a natureza de uma obrigação de fazer.

Assim, em se tratando de uma obrigação de fazer, depende de um ato do devedor para se concretizar e, se fundada em título judicial, por disposição do art. 461 do CPC, a execução é imediata, ou seja, independe de processo autônomo e será feita como mera fase do mesmo processo, no chamado “processo sincrético”.

A lei processual, em seu art. 461, §5º, prevê mecanismos para compelir o devedor ao cumprimento específico da obrigação, a chamada “tutela específica”, ou seja, por meio destes mecanismos coercitivos busca-se fazer com que o credor obtenha o mesmo resultado que teria se a obrigação fosse satisfeita voluntariamente pelo devedor. Ressalte-se que na coerção o Estado não substitui o devedor no cumprimento da obrigação, mas lhe impõe multa ou utilizará de outros meios com o intuito de exercer pressão sobre a vontade do devedor para que ele a cumpra.

Dentre os mecanismos de coerção previstos no citado dispositivo, para fins do presente estudo, destaca-se a multa por tempo de atraso no cumprimento da obrigação, prevista no §4º do art. 461. Esta multa, como já estudado no Capítulo II, tem natureza intimidatória, portanto, sua função é compelir o próprio devedor ao comportamento específico pretendido pelo credor e determinado pelo magistrado. Ademais, em razão de sua natureza, não há definitividade na imposição e no arbitramento da multa, de forma que não se fala em coisa julgada da decisão que a impõe, lhe define o valor ou a periodicidade, sendo admissível, portanto, nos termos do §6º do art. 461, a alteração da periodicidade e do valor, caso a multa torne-se excessiva ou insuficiente.

Diante destas premissas, questiona-se: é possível a aplicação da multa coercitiva do art. 461 do Código de Processo Civil em mandado de segurança?

Na jurisprudência e na doutrina prevalece o entendimento pela aplicabilidade da referida multa em mandado de segurança (por exemplo, o STJ, no REsp 1.069.441/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14/12/2010, DJe 17/12/2010). Contudo, registre-se que há jurisprudência em sentido contrário (STJ, REsp n. 1.069.441-PE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14/12/2010, DJe 17/12/2010; STJ, RMS 43785-GO, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20/03/2014, DJe 27/03/2014; TJSP, AgI n. 2061112-48.2014.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 09/10/2014, DJe 13/10/2014).

Para a corrente majoritária, a aplicabilidade da mencionada multa coercitiva justifica-se pela aplicação subsidiária das regras do CPC ao mandado de segurança, a fim de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional. Nessa esfera, ensina Eduardo Talamini¹⁰¹:

"Nesse passo, revela-se crucial o aproveitamento das regras do art. 461. O regime específico do mandado de segurança já contempla boa parte das eficácias e dos mecanismos também previstos no art. 461:

1) força mandamental e executiva lato sensu; 2) máxima preferência pelo resultado específico; 3) cabimento de antecipação de tutela. A incidência subsidiária do art. 461 serve para: a) confirmar o cabimento da adoção, no próprio processo, de medidas atípicas para a concretização da tutela (art. 461, §5º), inclusive medidas subrogatórias, e, b) permitir a imposição de multa em caso de descumprimento do comando (art. 461, §4º)"

Dessa forma, primeiramente, cabe ressaltar que a multa coercitiva só deve ser concedida em caráter excepcional para compelir o executado ao cumprimento da ordem judicial, em outras palavras, isso significa dizer que aplica-se a medida nos casos em que há comprovação de que o descumprimento da ordem judicial acarretará violação ou lesão a direito do exequente. Assim, inexistindo a comprovação de descumprimento da ordem emanada pelo juiz, descabida a concessão da medida. Nesse sentido, já decidiu o STJ: AgRg no RMS 31351/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 17/09/2013, DJe 25/09/2013; RMS 43785/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 20/03/2014.

Como já exposto, a decisão que impõe a multa, lhe define o valor ou a periodicidade não faz coisa julgada material, uma vez que não decide o mérito, assim, é possível a alteração de sua periodicidade ou valor, este para mais ou para menos, bem como o seu afastamento, se conveniente. Nesse sentido, pela redução do valor da multa fixada, já decidiram os Tribunais: TJSP, no AgI n. 2164302-27.2014.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des.

¹⁰¹ TALAMINI, Eduardo. *Revista do advogado: 50 Anos da lei do mandado de segurança*. São Paulo: Associação dos Advogados, 2001.

Mauro Semer, DJ 08/10/2014, DJe 10/10/2014; STJ, nos EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1196898/MA, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 05/02/2013, DJe 22/02/2013; quanto ao afastamento da multa fixada, decidiu o TJSP, na Ap 0000005-30.2013.8.26.0337, 12ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Edson Ferreira, DJ 29/09/2014.

Quanto ao afastamento, cabe ainda ressaltar que verificada a impossibilidade da execução específica desde o tempo da sentença, na execução não poderá ser mantida a exigência da multa indevidamente estipulada pelo inadimplemento da obrigação de fazer. Portanto, não sendo mais possível a obtenção da tutela específica ou o resultado prático equivalente, não há motivo para a fixação da multa.

No que diz respeito ao limite do valor da multa, em mandado de segurança, cabem as mesmas regras da razoabilidade, ou seja, não pode a multa ser fixada de forma a tornar-se fonte de enriquecimento sem causa, sendo possível, portanto a sua limitação. Esse é o entendimento do TJSP, no julgamento da Apelação n. 1010555-14.2014.8.26.0602, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 09/10/2014, DJ 09/10/2014. Ademais, tendo em vista que a sua finalidade é convencer o devedor ao cumprimento da obrigação, a jurisprudência já decidiu no sentido de que o valor fixado pode superar o valor da obrigação principal para que atinja a sua finalidade. Veja-se os julgados: STJ, 3ª Turma, REsp 43389/RJ, Rel. Min. Waldemar Azeiteiro, DJU 25/04/1994; STJ, 3ª Turma, REsp 8065/SP, Rel. Min. Cláudio Santos, DJU 23/09/1991.

Observe-se, quanto à periodicidade, que embora a lei processual fale em “multa diária”, em mandado de segurança também é possível a fixação da medida coercitiva em parcelas superiores ou inferiores ao período de 24 (vinte e quatro) horas, em outras palavras, admite-se a adoção de qualquer lapso temporal, como por exemplo, semana, mês, semestre, horas etc., na fixação da periodicidade da multa, estendendo-se a possibilidade de sua modificação, com a redução ou ampliação, conforme previsão no §6º do art. 461.

Sobre a exigibilidade da multa, o termo inicial para a cobrança da multa será a intimação pessoal do devedor para cumprir a obrigação determinada em decisão interlocutória ou em sentença que julga procedente o pedido do impetrante. Assim, vencido o prazo para cumprimento da obrigação, a multa passará a incidir após a intimação do devedor. Ressalte-se que por se tratar de ato a ser praticado pelo próprio devedor, a intimação deve ser pessoal (Súmula 410, STJ). Ademais, registre-se que a execução das *astreintes*, por descumprimento de ordem judicial, deve se limitar ao período de atraso da autoridade (STJ, REsp 1350966/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 01/10/2013, DJe 09/10/2013).

Por fim, a sentença do mandado de segurança tem caráter mandamental, portanto, tem força de ordem irresistível, de forma que seu descumprimento intencional acarreta para a autoridade coatora a aplicação das sanções por crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), bem como das sanções processuais da litigância de má-fé, previstas no CPC (arts. 14, inc. V, e 18, §2o). Nesse sentido, decidiu o TJSP, no Agravo de Instrumento n. 2140702-74.2014.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Magalhães Coelho, j. 29/09/2014, DJe 02/10/2014.

CONCLUSÃO

O mandado de segurança, como já visto, é o remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição do titular de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública. Por meio do mandado de segurança o impetrante postula uma ordem ao juiz, que irá proferir um mandamento por meio da concessão de liminar ou de sentença, o qual terá natureza de uma obrigação de fazer.

Em se tratando de uma obrigação de fazer, depende de um ato do devedor para se concretizar. Se fundada em título judicial, a execução é imediata, isto é, independe de processo autônomo e será feita como mera fase do mesmo processo, conforme o disposto no art. 461 do CPC.

O art. 461, §5º, prevê mecanismos coercitivos para compelir o devedor ao cumprimento específico da obrigação (tutela específica), ou seja, busca-se fazer com que o credor obtenha o mesmo resultado que teria diante do cumprimento voluntário da obrigação. Dentre tais mecanismos de coerção, destaca-se a multa por tempo de atraso no cumprimento da obrigação, prevista no §4º do art. 461 do CPC.

A multa do art. 461 tem natureza intimidatória, e sua função é compelir o próprio devedor ao comportamento específico pretendido pelo credor e determinado pelo juiz. Em razão de sua natureza, não há definitividade na imposição e no arbitramento da multa, de forma que não se fala em coisa julgada da decisão que a impõe, lhe define o valor ou a periodicidade, sendo admissível, portanto, nos termos do §6º do art. 461, a alteração da periodicidade e do valor, caso a multa torne-se excessiva ou insuficiente.

Feitas tais considerações, admitindo-se a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil ao mandado de segurança, verifica-se, portanto, a possibilidade de aplicação da multa coercitiva do art. 461 do referido diploma legal em mandado de segurança. No entanto, embora a doutrina e a jurisprudência majoritária entendam que é possível a aplicação do art. 461 em mandado de segurança, há corrente que entende de forma diversa.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 14^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Mandado de Segurança*. 5^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. 2^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O Novo Mandado de Segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 4^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas corpus”*. 19^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4^a Ed. São Paulo: Método, 2012.

NERY Júnior, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 24^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TALAMINI, Eduardo. *A Efetivação da Liminar e da Sentença no Mandado de Segurança*. em Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001.

_____. *Revista do advogado: 50 Anos da lei do mandado de segurança*. São Paulo: Associação dos Advogados, 2001.

THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41^a Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *O Mandado de Segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ANEXO