

JEFFERSON LARA

LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PRÓ-REITORIA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO
2019

JEFFERSON LARA

RA00196286

LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

Trabalho de conclusão do Curso de Especialização em Direito Processual Civil, como exigência parcial para a conclusão do referido curso, sob a orientação do professor Christian Garcia Vieira.

SÃO PAULO

2019

Banca Examinadora

Resumo

O mandado de segurança é ação constitucional que visa proteger o particular contra abusos perpetrados por autoridades. Uma das formas que o legislador encontrou para efetivar essa proteção constitucional foi a previsão de concessão de medidas liminares, dadas em caráter de urgência, após uma cognição sumária (antes do oferecimento do contraditório). A Lei nº 12.016/2009 regulamenta o processo do mandado de segurança, estabelecendo requisitos, procedimentos e vedações para a concessão das tutelas liminares e para o desenvolvimento do processo mandamental como um todo. O presente trabalho visa destacar alguns pontos relevantes sobre as medidas liminares, em especial sua natureza jurídica, os requisitos para sua concessão, o recurso aplicável contra seu indeferimento, as hipóteses de vedação previstas na lei e os efeitos da revogação da medida.

Palavras-chave

Mandado de segurança, liminar, direito líquido e certo, prova pré-constituída, requisitos, recurso, hipóteses de vedação.

Abstract

The writ of mandamus is a constitutional action aimed at protecting the individual against abuses perpetrated by authorities. One of the ways the legislator found to achieve this constitutional protection was the provision of preliminary injunction, given urgently, after a brief cognition (before the contradictory offer). The Law n^o 12.016/2009 regulates the writ of mandamus, establishing requirements, procedures and prohibitions for the granting of preliminary injunctions and for the development of the mandate process as a whole. The current paper intends to highlight some relevant points about preliminary injunctions, in particular their legal nature, the requirements for granting them, the appeal against their rejection, the prohibition hypotheses provided by law and the effects of the revocation of the measure.

Keywords

Writ of mandamus, preliminary injunction, liquid and certain rights, pre-constituted evidence, requirements, appeal, prohibition hypotheses.

Sumário

Introdução	7
Capítulo 1 – O mandado de segurança como meio de controle dos atos administrativos.....	9
Capítulo 2 – Direito líquido e certo e a prova pré-constituída	13
2.1. O problema da conceituação e da aplicação do direito líquido e certo	13
2.2. Tipos de prova admitidos	17
Capítulo 3 – Natureza jurídica da liminar	25
Capítulo 4 – Requisitos para a concessão da liminar	28
4.1. Requerimento da parte.....	30
4.2. A relevância do fundamento.....	33
4.3. Ineficácia da medida, caso finalmente deferida.....	36
4.4. Exigência de caução, fiança ou depósito	40
4.5. Recurso cabível contra decisão que indefere o pedido de liminar	41
Capítulo 5 – Hipóteses de vedação à concessão de liminares	43
Capítulo 6 – Revogação da medida	54
Conclusão	60
Bibliografia.....	64

Introdução

Escrever um trabalho de pós-graduação em Direito Processual Civil que atenda aos requisitos acadêmicos para a conclusão do curso, dentro da área proposta, ao mesmo tempo que tenha uma utilidade prática na atividade cotidiana do profissional da área jurídica.

Foi com este propósito em mente que escolhemos a temática do mandado de segurança, em especial a questão dos provimentos liminares, para desenvolver um estudo sistemático que culminou no trabalho que o leitor tem agora em mãos.

O método de pesquisa empregado foi o de compilação bibliográfica e jurisprudencial, com foco na doutrina, tanto na clássica quanto na moderna. Buscamos as raízes do assunto na literatura clássica (Buzaid, Castro Nunes, Hely Lopes Meirelles) e, à medida que a pesquisa ia se desenvolvendo, partíamos para autores mais modernos (mas tão consagrados quanto os primeiros), como Cassio Scarpinella Bueno, Leonardo Carneiro da Cunha e Hugo de Brito Machado. O ponto de partida, contudo, foi o essencial “Lei do mandado de segurança comentada”, de Humberto Theodoro Júnior, autor que nos inspirou para a escolha do roteiro do trabalho, da linha de pesquisa adotada e do sumário inicial (que era bem diferente do sumário final).

Todas as obras elencadas na bibliografia foram efetivamente lidas, consultadas e, a maior parte delas, citada ao longo do trabalho.

Como, infelizmente, não havia tempo hábil para deslocamentos e pesquisas na biblioteca da universidade (moramos e trabalhamos em uma cidade vizinha da capital), as obras consultadas foram sendo adquiridas aos poucos (e nisso a Amazon.com e a Estante Virtual foram particularmente úteis e eficientes), na medida em que, pelo fichamento dos livros já consultados, surgia a necessidade de consultar uma nova obra ou um novo autor, de modo que, ao final, formamos uma seção de mandado de segurança em nossa pequena biblioteca jurídica.

Este trabalho é dividido em seis capítulos.

No primeiro capítulo desenvolvemos a ideia de porque o mandado de segurança tem sido, em tempos de extremismos ideológicos e de crises econômicas, um instrumento importante para a defesa do cidadão contra o arbítrio do Estado.

O segundo capítulo traz o conceito e a aplicação prática do que seja o direito líquido e certo, verdadeira condição para o mandado de segurança, a partir do qual se desenvolve todo o procedimento do *writ*.

O terceiro capítulo discute sobre a natureza jurídica das medidas liminares e qual a implicação prática de sua natureza jurídica na esfera processual da execução do mandado de segurança, no cumprimento da sentença e na interposição de recursos, e como isto repercute no exercício do direito do impetrante.

No capítulo quatro se estudam os requisitos para a concessão das medidas liminares em seus aspectos práticos e teóricos, e o recurso cabível contra o indeferimento do pedido de liminar.

O capítulo cinco traz as hipóteses legais de vedação à concessão de liminares e discute-se a constitucionalidade dessas normas.

E o capítulo seis, por sua vez, completa o trabalho dizendo as consequências da cassação da medida liminar.

Como dito anteriormente, este é um trabalho de fichamento e compilação. Foi uma pesquisa extensa e árdua, aprendemos muito sobre o tema proposto e, conseqüentemente, sobre outros assuntos que acabamos lendo durante a pesquisa.

O resultado nos parece bem-sucedido. Ao final, ficou uma sensação de que foi mais do que nos propusemos a fazer e menos do quanto poderia ser acrescentado. O tema é realmente extenso, interessante, e particularmente relevante, tendo sido delimitado mesmo pela escassez de tempo e pela limitação da bibliografia.

Capítulo 1 – O mandado de segurança como meio de controle dos atos administrativos

O Estado é um corpo organizado em uma estrutura complexa de Poderes autônomos e, como quer a Constituição, harmônicos entre si, hierarquizados em camadas verticalizadas de comando que definem a aplicação de disposições normativas que se iniciam, em regra, no Congresso Nacional, até chegar à realização das políticas públicas e dos serviços públicos como um todo.

O modo de operação e o próprio funcionamento do Estado, a que se chama genericamente de Administração Pública, compreende um cipoal de instituições que inclui desde a Presidência da República, ministérios, cortes superiores, até secretarias, autarquias, varas judiciais, empresas públicas, agências reguladoras, fundações etc., que exercem todas as prerrogativas do Estado, por competência própria ou delegação, definidas na Constituição e na legislação ordinária, por meio de, além deste ordenamento jurídico base formado pela Carta Magna e pelas leis, por decretos, resoluções, portarias, ofícios-circulares e instruções normativas, ou seja, um emaranhado de normas que é humanamente impossível de acompanhar, ainda que exista um lei que diga que ninguém se escusará de cumpri-la alegando que não a conhece, mesmo para quem tem interesse, em um determinado momento, em um assunto específico, qual norma está vigente e qual o procedimento para efetuar certo serviço.

Exemplo atual disso é a transição operada no INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), em 2019, da utilização do processo administrativo tradicional, em papel, para o processo digital, e a consequente “virtualização” dos serviços, que migraram do atendimento presencial para o peticionamento *online*.

Ao longo deste ano de 2019, o INSS gradativamente vem transferindo sua carta de serviços para uma plataforma digital e, simultaneamente, extinguindo o atendimento tradicional, ou seja, aquele que era feito presencialmente com o usuário do serviço comparecendo a um posto de atendimento.

Esta “modernização” do serviço, alega o Governo, servirá para, além de suprir a propalada escassez de servidores da autarquia, também para ajudar a coibir fraudes contra a Previdência Social, uma vez que, ao ingressar em um “fila única nacional e virtual”, o pedido que o um segurado faz no município de Porto Alegre/RS, por exemplo, poderá ser analisado remotamente por um servidor lotado no Estado do Ceará. Tal procedimento, em tese, imprimiria maior impessoalidade à análise e à decisão administrativa, tendo em vista a distância física dos atores do processo: o usuário requerente, o servidor que digitaliza os documentos e aquele que efetiva a análise decisória.

Muito louvável, certamente, a iniciativa, não fossem alguns problemas. O primeiro deles diz com o uso da internet no Brasil. Dados do 4º trimestre de 2017 da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), do IBGE, mostram que 30,2% da população do país com mais de 10 anos de idade não utiliza a internet. Entre os motivos para não usar a rede de computadores, 38,5% responderam que “não sabiam usar a Internet”, 36,7% por “falta de interesse em usar a Internet”, 13,7% porque o “serviço de acesso à Internet era caro”, e 4,5% porque o “equipamento eletrônico necessário era caro”. Esses dados são suficientes para se chegar à conclusão de que, caso o INSS pretenda virtualizar 100% de sua atividade, isto representará a exclusão desses 30% que não usam a internet por alguma razão, o que representa um contingente de aproximadamente 54 milhões de pessoas, segundo a mesma PNAD.

Levando-se em conta que, segundo as Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 1991, quase toda pessoa, quando atinge a idade economicamente ativa passa a ser segurada obrigatória da Previdência, não é exagero afirmar que são 54 milhões de excluídos do sistema previdenciário por “incapacidade técnica”, o que nos leva a examinar o perfil do público do INSS.

Dados do Boletim Estatístico da Previdência Social¹, de junho de 2019, demonstram que a clientela do INSS é formada, em sua maioria,

¹ Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/08/beps19.06.pdf>, acesso em 13/08/2019, 19h56.

por pessoas de 56 a 70 anos de idade, que recebem benefícios, em média, no valor de R\$ 1.000,00.

Isto nos mostra que o público majoritário da Previdência Social é composto de pessoas idosas e de baixa renda, com baixa escolaridade e sem acesso à tecnologia necessária para utilizar os serviços *online*, que especialmente este ano corre às portas da autarquia para apressar seu pedido de aposentadoria antes de concluída a votação da Proposta de Emenda Constitucional da chamada “nova previdência”.

Por outro lado, na implementação dessa oferta virtual de serviços, o servidor do INSS que, como se sabe, não tem formação específica (o concurso público para provimento do cargo de técnico do seguro social exige nada mais que o ensino médio completo), tem recebido capacitação apenas à distância (modalidade de *EAD*), com utilização de materiais apostilados e apresentações de *slides*.

Some-se a tudo isso o fato de que a aferição de produtividade do Instituto se dá por uma métrica quantitativa de pontos mensais que se traduzem na “conclusão” de uma determinada quantidade de processos, sendo que “concluir” significa decidir, seja pela concessão ou pelo indeferimento.

O servidor, premido pela necessidade de executar uma quantidade mínima mensal de “tarefas”, assustado com a famigerada “Lei Antifraude” (Lei nº 13.846/2019), que impõe severas sanções a quem conceder benefícios com irregularidades (sejam estas ilícitas ou fruto meramente de imprudência, negligência ou imperícia, o que não é incomum, dada a conhecida falta de capacitação do pessoal e a vassalagem irracional a uma certa Instrução Normativa 77...), vai preferir indeferir, sem mesmo analisar, os pedidos de benefícios, do que fazer uma análise escorregada, sob pena de perder os prazos de cumprimento das metas e ainda responder a um processo disciplinar.

O exemplo acima, tirado de uma situação atual por que passa uma das instituições da Administração Pública federal, é apenas um de vários que se podem observar em toda a estrutura administrativa do Estado,

hoje e ao longo de décadas e décadas, desde o nascedouro da República e mesmo antes dela.

A eficiência é um princípio acobertado pela Constituição Federal, mas sabe-se que a *falta de* eficiência é um problema crônico da Administração Pública brasileira e de diversos outros países, com maior ou menor gravidade.

O mandado de segurança foi gestado e nasceu, desde o início da vida republicana no Brasil, para exatamente proteger o cidadão do arbítrio do Estado, que é provocado, em grande parte, por essa carência de uma gestão eficaz, que burocratiza excessivamente a máquina estatal, encarece os processos e procedimentos, estabelece rotinas desnecessárias, e, agora, como se vê, exclui o cidadão (mas não o exime de pagar seus altos impostos) do acesso a serviços básicos, como o é a Previdência.

E que o escopo da ação mandamental, de ser um procedimento célere, de cognição sumária e com provimento liminar, é exatamente para se contrapor à morosidade e à gordura do Estado-administração, para evitar que excessos cometidos pelas autoridades lesem ou ameacem de lesão direitos ditos líquidos e certos.

Capítulo 2 – Direito líquido e certo e a prova pré-constituída

2.1. O problema da conceituação e da aplicação do direito líquido e certo

Do art. 1º da Lei nº 12.016/2009 se extrai que o mandado de segurança protege o titular de *direito líquido e certo* lesado ou prestes a sofrer lesão por ato ilegal ou abusivo, comissivo ou omissivo, proveniente de autoridade pública.

O conceito de direito líquido e certo vem sendo discutido, doutrinária e jurisprudencialmente, desde as origens do mandado de segurança, quando se discutia a necessidade de um remédio paralelo ao *habeas corpus*, para a proteção de situações jurídicas apreciáveis de plano e que não encontravam amparo nas ações tradicionais.

Assim é que Edmundo Muniz Barreto (transcrito por Castro Nunes) relatou sua tese perante a Seção de Direito Judiciário do Congresso Jurídico de 1922:

Exposto o fato na petição, provado ele com **documentos que façam prova plena absoluta**, e citada a lei que se diz violada com esse fato, o juiz mandará que o indicado ofensor responda em prazo breve, instruindo a resposta com os instrumentos que tiver. Como se se tratasse de um processo de *habeas corpus*, o juiz julgará sem demora a causa. Se verificar que o direito alegado **não é certo e líquido, ou que o fato não está provado**, mandará que o requerente recorra aos meios comuns². (grifamos)

Na Constituição de 1934, o mandado de segurança foi incluído no rol dos direitos e das garantias individuais, no número 33 do art. 113, *in verbis*:

Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser

² Castro Nunes, “Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público”, p. 3.

sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes”.

O art. 1º da Lei nº 191/1936 apenas repetiu o preceito constitucional, mencionando sem definir que o direito protegido deveria ser aquele “certo e incontestável”.

Castro Nunes observa que o instituto do mandado de segurança, então, fora mal recebido³ pelos tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, ressaltando que um dos motivos era a dificuldade de compreensão que abarcava o sentido da expressão “direito certo e incontestável”:

Para isso terão concorrido circunstâncias várias: em primeiro lugar, a novidade do remédio, criação nossa, surgido inopinadamente em nosso meio jurídico, sem estudos preparatórios sobre sua índole ou natureza, em termos que permitissem situá-lo no quadro das ações com o seu caráter *injuncional* ou *monitório* até então desconhecido fora dos interditos e do *habeas corpus*, e nisso consistia a maior dificuldade de o compreender e lhe demarcar o campo de aplicação; em segundo lugar, o próprio texto constitucional no seu enunciado, que convieram em entender muito ao pé da letra, tornando quase impossível a concessão a ser admitida somente quando *claro, transparente, cristalino* o direito reclamado, pois só assim seria *certo e incontestável*, perdendo-se de vista que direito *ajuizado* é por definição direito *litigioso*, que precisa ser desembaraçado do cipoal das impugnações sofisticadas ou desarrazoadas para ser proclamado; em terceiro, a lei do menor esforço, a tendência para fugir às questões difíceis, arredá-las, protraí-las, remetendo o pleiteante para as vias ordinárias, e o mandado de segurança se admitido em medida mais larga, ainda que sem sair do limite intransponível das suas possibilidades como via processual, obrigaria a decidir, de pronto, questões às vezes de alta indagação jurídica”.⁴

³ Castro Nunes destaca ainda o “*derrotismo*” com que fora recebido novo *writ*, “de tão alta e eficiente inspiração, em nosso meio judiciário. Exagerou-se o risco, mais imaginário do que real, de o transformar em *panaceia para todos os males*, tabu que, certa vez, passou a ser repetido para justificar a sua denegação ou não-conhecimento, ficando assim sem o remédio preventivo e heroico muitas situações jurídicas que o comportariam, porque restrita a indagação a uma *quaestio juris* perfeitamente solucionável sem maior esforço de prova”. (Castro Nunes, ob. cit., p. 10)

⁴ Castro Nunes, *idem*, pp. 9-10.

Já na Constituição de 1946, após haver sido suprimido do Texto outorgado de 1937, o mandado de segurança reaparece como uma garantia individual, sendo assim disciplinado no § 24 do art. 141: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”. A Lei nº 1533/1951, a exemplo da Lei nº 191/1936, tornou a repetir o preceito constitucional, que desta vez usou a locução “*direito líquido e certo*”, sem especificar critérios objetivos e jurídicos de delimitação do que seria um direito líquido e certo, mantendo desta maneira a mesma dúvida que sempre existiu com relação ao direito “certo e incontestável”.

Ocorre que é assente na doutrina a noção de que o direito é *sempre* líquido e certo, “exatamente porque o direito, qualquer que seja, deve ser manifesto, isto é, deve decorrer da ocorrência de um fato que acarrete a aplicação de uma norma”⁵, sendo que, para que seja cabível a impetração de mandado de segurança, o que deve ser líquido e certo são os fatos, ou as afirmações de fato que correspondem ao exercício de um direito.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, indo nesta direção, assentou há muito a ideia de que a “noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato certo, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca”, isto porque, “refoge aos estreitos limites da ação mandamental o exame de fatos despojados da necessária liquidez, pois o iter procedimental do mandado de segurança não comporta a possibilidade de instauração incidental de um momento de dilação probatória.” (MS 20.882-1/DF, DJ 23/09/1994, Rel. Min. Celso de Mello)

O mesmo raciocínio inspira a lição de Hely Lopes Meirelles:

Quando a lei alude a “direito líquido e certo”, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no

⁵ Leonardo Carneiro da Cunha, “A fazenda pública em juízo”, p. 556.

momento da impetração. Em última análise, *direito líquido e certo é direito comprovado de plano*. Se depender de comprovação posterior não é líquido, nem certo, para fins de segurança. O conceito de “liquidez e certeza” adotado pelo legislador é impróprio – e mal expresso – alusivo à precisão e comprovação do *direito*, quando deveria aludir à precisão e comprovação dos *fatos e situações* que ensejam o exercício desse direito.⁶

Assim, a questão de fato, quando previamente comprovada com documentos que não rendam nenhum tipo de questionamento contraditório, ou, dizendo de outra forma, que o fato se apresente de maneira indubitável, ainda que a situação fática se amolde a uma questão de direito, para usar a expressão de Castro Nunes, de alta indagação jurídica, não constitui óbice para a impetração e concessão da segurança, segundo entendimento sedimentado pela Súmula nº 625 do STF: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

O STF já teve oportunidade de exarar, acerca do tema, as seguintes decisões:

Há de se distinguir a complexidade dos fatos e do tema de direito daquelas situações que não prescindem da abertura de fase de instrução. Se o caso está compreendido no campo da referida dificuldade, nem por isso o mandado de segurança exsurge como via imprópria, impondo-se o julgamento de mérito. Somente em defrontando-se o órgão julgador com quadro a exigir elucidação de fatos cabe dizer da impertinência da medida, sinalizando no sentido do ingresso em juízo mediante ação ordinária.⁷

Mandado de segurança. Prova pré-constituída. A exigência de haver, com a inicial, elementos a respaldá-la, não se confunde com o enquadramento jurídico da controvérsia.⁸

⁶ Hely Lopes Meirelles, “Mandado de segurança e ações constitucionais”, p. 38.

⁷ STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21514-3/DF, rel. Min. Marco Aurélio.

⁸ STF, RMS 26.361, rel. Min. Marco Aurélio.

2.2. Tipos de prova admitidos

Considerando então o quanto foi dito acerca do enquadramento jurídico da expressão “direito líquido e certo”, sabendo-se também que a cognição realizada no mandado de segurança é plena e exauriente *secundum eventum probationis*, ou seja, “com condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes”⁹, pode-se supor como a prova dos fatos deve vir acompanhada da petição inicial.

O caput do art. 6º da Lei nº 12.016/2009 prescreve, *in verbis*:

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

A lei do mandado de segurança é expressa ao exigir que a afirmação dos fatos que ensejaram uma violação ou ameaça a direito líquido e certo seja comprovada por meio de *documentos*.

O documento é composto essencialmente de dois elementos: o *suporte* e o *conteúdo*. O suporte é o elemento que materializa o documento, e pode ser, no dizer de Cassio Scarpinella Bueno¹⁰, físico ou virtual, que, desde que não se altere sua substância (conteúdo), venha veiculado em papel, madeira, pedra, metal, reprodução mecânica, reprodução eletrônica, disquete, cd, dvd, *blu-ray*, *pen drive* ou o próprio ambiente virtual da internet.

O conteúdo do documento, por sua vez, é a representação material de um fato ou ato, que permite sua compreensão direta de sua existência. Ainda conforme a lição de Cassio Scarpinella Bueno

⁹ Kazuo Watanabe, “Da cognição no processo civil”, p. 114.

¹⁰ Cassio Scarpinella Bueno, “Curso sistematizado de direito processual civil”, vol. 2, 8ª ed.; Saraiva, p. 256.

o “conteúdo do documento pode ser uma declaração, um fato, um ato, um acontecimento, ou uma abstenção. Trata-se daquilo que o documento, como meio de prova, busca elucidar ao magistrado e que ensejará, uma vez interpretado, examinado, avaliado e sopesado, inclusive com os demais meios de provas, que o magistrado forme sua convicção sobre o que se pretende provar”.¹¹

Para fins de delimitação da prova documental aceita no mandado de segurança, é importante destacar a distinção entre o *documento* e *declaração*, posto que a declaração, como exteriorização de uma vontade, pode estar ou não expressa em um documento. A declaração, por exemplo, pode estar expressa em outros meios de provas, como a testemunhal e o depoimento pessoal. Se a declaração não estiver veiculada em um documento, não poderá ser utilizada como prova pré-constituída no mandado de segurança.

É dessa forma que Leonardo Carneiro da Cunha distingue a prova documental da prova documentada:

Significa que o mandado de segurança não admite outro meio de prova, a não ser a documental. No particular, cumpre advertir que a prova *documental* não se confunde com a prova *documentada*. O mandado de segurança somente é viável se houver prova *documental*, e não *documentada*. Assim, *documentada* que seja uma prova testemunhal ou pericial, não poderá ser utilizada como comprovação de direito líquido e certo. Nesse sentido um documento que contenha a declaração testemunhal antecipada comprova, apenas, a declaração e não o fato declarado, não servindo como meio de demonstrar o direito líquido e certo. Daí por que não cabe mandado de segurança fundado em justificação prévia de prova testemunhal. É que a prova produzida na justificação prévia é *testemunhal*, inviável como meio para provar o direito líquido e certo. Também não cabe mandado de segurança fundado em laudo médico particular, por estar ausente a prova do direito líquido e certo¹².

Luiz Guilherme Marinoni também faz distinção entre a prova *documentada* e a prova *documental*, nos seguintes termos:

¹¹ Cassio Scarpinella Bueno, ob. cit., p. 256.

¹² Leonardo Carneiro da Cunha, “A fazenda pública em juízo”, p. 559-560.

A jurisprudência nos oferece o caso em que o impetrante do mandado de segurança procura demonstrar a existência do “direito líquido e certo” através de prova testemunhal ou pericial realizada antecipadamente.

Nesta hipótese, que tem gerado formidáveis equívocos, necessário é distinguir prova documentada de prova documental. O documento que contém a declaração testemunhal antecipada prova apenas a declaração testemunhal e não a afirmação de fato que tal declaração pretende provar. A prova testemunhal antecipada permite a dedução da veracidade da afirmação do fato a partir da declaração testemunhal, constituindo fonte secundária da prova. O testemunho é um ato humano que serve para demonstrar uma afirmação de fato, enquanto o documento é uma coisa (embora também produto da atividade humana) que representa um fato. O testemunho, como ato humano, não demonstra, por si só, um fato, enquanto o documento, que é uma coisa, é suficiente para representar um fato.¹³

Alfredo Buzaid, em obra clássica sobre o mandado de segurança, também defende o mesmo argumento, dizendo:

Diversamente do que ocorre com o procedimento comum e com o procedimento especial de jurisdição contenciosa, nos quais à fase dos articulados se segue, de ordinário, a instrução probatória, a característica do processo mandamental de segurança está em só admitir prova documental pré-constituída, achando-se, pois, excluídas todas as demais provas, como a testemunhal, a pericial, a inspeção judicial e o depoimento pessoal.¹⁴

Nesta linha de ideias, acredita-se que a denominada “prova emprestada” não poderia ser admitida para confirmar direito líquido e certo no processo do mandado de segurança, tendo em vista que o art. 372 do CPC assevera que a prova produzida em outro processo pode (em vez de *deve*) ser admitida pelo juiz, que lhe atribuirá o valor por ele considerado adequado, *observado o contraditório*. O próprio fato de a lei retirar da prova emprestada as características de liquidez e certeza (de que outrora poderia ter usufruído em

¹³ Luiz Guilherme Marinoni, “Efetividade do processo e tutela de urgência”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 22.

¹⁴ Alfredo Buzaid, “Do mandado de segurança”, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 208.

outra oportunidade processual) sem que a outra parte, coerentemente, dela tenha conhecimento, podendo fazer contraprova, exclui a prova emprestada do rol de provas permitidas no *writ*.

Todavia, Hely Lopes Meirelles afirma que “as provas tendentes a demonstrar a *liquidez e certeza* do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial”¹⁵. O saudoso autor justifica esse posicionamento aludindo ao dever do Poder Judiciário de examinar todas as provas que acompanham a inicial, por mais “volumosas” que sejam, e que qualquer prova que acompanhe a inicial há de ser considerada pré-constituída.

Tal entendimento, data vênia, parece equivocado.

Mantovanni Colares Cavalcante, citando Themístocles Brandão Cavalcanti, afirma que “o que caracteriza o mandado de segurança é a exigência da prova liminar do fato”¹⁶. Assim, continua o autor:

Não se pode esquecer que a prova pré-constituída deve propiciar uma certeza no tocante aos fatos a ela relacionados, exatamente para a concretização do primeiro requisito caracterizador do direito líquido e certo, que é a *incontrovérsia quanto aos fatos*. Em sendo assim, a prova igualmente deve ser uma *condutora dessa incontestabilidade factual*, o que leva à afirmação de que *somente é admitida prova documental em mandado de segurança*, por ser o único meio de prova capaz de atender a essa exigência.¹⁷ (os grifos estão no original)

Dessa maneira, pode-se concluir que, ainda que se levem em consideração os princípios da aquisição da prova e o do convencimento motivado do juiz (art. 371 do CPC), em sede de mandado de segurança, em face da liquidez e da certeza do direito que devem vir demonstrados em prova literal pré-constituída dos fatos (posto que líquidos e certos são os fatos), é exigência desse remédio que a prova seja insuscetível de formação de contraditório, pois

¹⁵ Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 39.

¹⁶ Mantovanni Colares Cavalcante, ‘Mandado de segurança’, São Paulo: Dialética: 2002, p. 94

¹⁷ Mantovanni Colares Cavalcanti, ob. cit., p. 94-95

não é possível, no âmbito do processo mandamental, conforme extensa e pacífica jurisprudência do STF, a instauração de uma fase de dilação probatória.¹⁸

Mantovanni Colares Cavalcanti, acompanhando lição de Luiz Guilherme Marinoni, aduz que

se a prova testemunhal ou pericial for admitida como suficiente para demonstrar “direito líquido e certo”, ocorrerá lesão ao princípio do contraditório, na medida em que o réu não tem oportunidade de produzir prova testemunhal ou pericial para contrapor à prova antecipadamente realizada pelo autor.¹⁹

E finaliza assim o ilustre doutrinador:

Portanto, *não estariam abrangidas* pelo conceito de prova documental, para fins de utilização do mandado de segurança, aquelas que só possam *ser avaliadas no caso de se dar oportunidade à parte contrária de realizar contra-prova*, o que logicamente exclui a gerada por mídia eletrônica – que exige meios técnicos de confirmação de sua autenticidade –, ou qualquer outra que não gere uma possibilidade de apreciação valorativa independentemente de auxílio técnico ou oportunidade de contraprova. Desse modo, em mandado de segurança a prova há de ser *necessariamente documental*, no sentido de prova emanada de *documento escrito*, de natureza pública ou particular, que para evidenciar fatos a ele relacionados dispense o auxílio técnico ou a necessidade de manifestação da parte contrária.²⁰

Evidentemente que, nos dias de hoje, com a própria tramitação dos processos judiciais em meio digital e com as tecnologias de autenticação disponíveis, os documentos formados em mídias eletrônicas ou mesmo *on-line* podem e devem ser aceitos, de modo que o rigor da exigência do documento escrito – em papel – vem de uma época em que era impensável a forma como a informação circula atualmente, estando superada e em desconformidade com os princípios constitucionais que regem o processo civil e o próprio funcionamento da Justiça.

¹⁸ AgRg no MS 26.552-0/DF, rel. Min. Celso de Mello.

¹⁹ Mantovani Colares Cavalcanti, ob. cit., p. 96

²⁰ Idem, p. 96.

Da mesma forma que o direito líquido e certo do impetrante deve vir demonstrado por prova documental pré-constituída, não sendo possível instaurar-se uma fase de dilação probatória, pelas mesmas razões e por ser o mandado de segurança um instrumento a tutelar direito líquido e certo *subjetivo* do autor, não se admite a intervenção de terceiros na ação mandamental.

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência majoritária neste sentido, a qual exemplifica-se com o seguinte julgado:

A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico-processual, ao conceito de situação decorrente de fato incontestável e inequívoco, suscetível de imediata demonstração mediante prova literal pré-constituída. Precedentes. Não se revela juridicamente possível a invocação da Lei nº 9.868/99 (art. 7º, § 2º) para justificar o ingresso de terceiro interessado, em mandado de segurança, na condição de “amicus curiae”²¹. É que a Lei nº 9.868/99 – por referir-se a processos de índole eminentemente objetiva, como o são os processos de controle normativo abstrato (RTJ 113/22, RTJ 131/1001, RTJ 136/467, RTJ 164/506-507, v.g.) – não se aplica aos processos de caráter meramente subjetivo, como o processo mandamental.

Não se revela admissível a intervenção voluntária de terceiro, “ad coadjuvandum”, na condição de assistente, no processo de mandado de segurança.²²

Mantovani Colares Cavalcante entende que

Tais manifestações de terceiros [oposição, nomeação à autoria, assistência] *não podem ser manejadas em se cuidando de mandado de segurança*, pois criam incidentes processuais que certamente afetarão o ritmo sumário que a causa deve se submeter.²³

Alexandre Freitas Câmara aceita, como a doutrina majoritária, a intervenção de *amicus curiae* no processo de mandado de segurança, com a seguinte ressalva:

²¹ Embora o enunciado n 249 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabeleça que “a intervenção do *amicus curiae* é cabível no mandado de segurança”.

²² STF, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 575.093/SP, rel. Min. Marco Aurélio.

²³ Mantovanni Colares Cavalcante, “Mandado de segurança”, p. 192.

Há, porém, um aspecto do qual não se pode descurar: o procedimental. No processo do mandado de segurança deve-se observar um procedimento concentrado, expedito, muito sumário. A não ser assim, frustrar-se-ão muitos dos objetivos constitucionalmente estabelecidos para esse tipo de processo. Em razão disso, impõe-se que a participação do *amicus curiae* no processo de mandado de segurança se dê com respeito às regras procedimentais e às características processuais desse instituto. Significa isso dizer que o *amicus curiae* não poderá, no processo do mandado de segurança, produzir provas (a não ser os documentos que acompanharão sua manifestação nos autos, o *amicus curiae brief*). Qualquer interferência indevida do *amicus curiae* no desenvolvimento do procedimento do mandado de segurança será intolerável. Dito de outro modo, o procedimento do mandado de segurança não poderá ser desvirtuado pela intervenção do *amicus curiae*.²⁴

A intervenção de terceiros, em processo de mandado de segurança, parece um tanto descabida.

Em primeiro lugar, porque a ação mandamental serve para proteger um direito líquido, certo e subjetivo, lesado ou ameaçado de sofrer lesão por ato arbitrário e ilegal do Poder Público.

Como o direito a ser protegido é um direito *subjetivo*, entende-se que somente o titular do indigitado direito pode postular perante o Judiciário para defendê-lo, não cabendo a terceiros intervir para defender direito alheio, pois o próprio Código de Processo Civil o proíbe, conforme estabelecido em seu art. 18: “Ninguém poderá pleitear direito alheio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Além disso, o mandado de segurança exige um procedimento célere e expedito, pois o titular *já sofreu* uma lesão ao seu direito ou *está na iminência* de sofrer uma lesão, por isso necessita de uma resposta rápida do Estado-juiz para que a lesão pare ou não ocorra, sob pena de, sendo deferido o pedido, a lesão ter se consumado de tal maneira que seja irreversível o ato ou impossível reparar o dano, conquanto que o objetivo do mandado de segurança

²⁴ Alexandre Freitas Câmara, “Manual do mandado de segurança”, p. 87.

não é a busca da reparação pecuniária, mas o direito de exercício de um direito *in natura*, de modo que seria contraproducente uma série de atos processuais tendentes a admitir a intervenção de terceiros, a intimação dessas pessoas e a definição da forma como elas interviriam, se por escrito ou se em audiência etc., e o direito de cada qual exercer sua intervenção e o contraditório.

Por fim, a lei do mandado de segurança, até pelas características expostas acima e ao longo deste trabalho, exige que o *writ* seja impetrado com a prova *pré-constituída*, ou seja, acompanhando desde logo a inicial, com o que se provaria desde logo tanto o direito ameaçado/lesado que se reivindica a titularidade, bem como a ameaça/lesão perpetrados pela autoridade coatora, levando-se à conclusão que a admissão de intervenção de terceiros seria a permissão de uma anômala fase de dilação probatória, já que o terceiro comparecerá para reiterar, reforçar, reafirmar o direito do impetrante, ou defender o Poder Público, o que é vedado neste tipo de ação.

Se se fizer um juízo de admissibilidade e ficar constatado que é possível a intervenção de terceiros na demanda, seja de qual tipo e por que razões forem, talvez seja mais adequado concluir então pela denegação da segurança por inadequação da via eleita e que o impetrante ingresse com uma ação mais adequada para defender seu direito, como, por exemplo, ação civil pública ou arguição de descumprimento de preceito fundamental etc.

Capítulo 3 – Natureza jurídica da liminar

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, XXXV, que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito”. Este comando constitucional é, a um só tempo, a manifestação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, sem o qual, segundo José Afonso da Silva, “o princípio da legalidade não passaria de fórmula vazia”²⁵, e a principal garantia de proteção dos direitos subjetivos, consubstanciada no princípio da separação dos poderes, pois, conforme magistério de Uadi Lammêgo Bulos:

sua ausência, no passado, deu lugar a que numerosas situações do homem, individualmente tomado, ficassem desamparadas de toda proteção judicial, quando contra ele se projetava o arbítrio das razões de Estado²⁶.

Assim, a garantia constitucional da apreciação do Poder Judiciário inclusive de ameaça²⁷ a afirmação de direito cumpre parcialmente o escopo internacional de liberdade, justiça e paz no mundo (art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos) ao passo que controla os atos do Poder Público, aferindo se, agindo em conformidade com a lei e o direito, não caracterizam arbitrariedade que violem direitos subjetivos.

Por isso, com muito mais razão, em se tratando de mandado de segurança, a concessão da medida liminar se impõe como uma garantia necessária aos jurisdicionados de que terão do Poder Judiciário não só o acesso que lhes é de direito, como a resposta *eficaz* que integra o princípio, pois, como

²⁵ José Afonso da Silva. “Curso de direito constitucional positivo”, p. 432.

²⁶ Uadi Lammêgo Bulos, “Curso de direito constitucional”, p. 640.

²⁷ Para Cassio Scarpinella Bueno, “é como se se dissesse que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal impusesse um repensar do direito processual civil em duas grandes frentes. Uma delas voltada à reparação de lesões ocorridas no passado, uma proposta *retrospectiva* da função jurisdicional; outra, voltada para o futuro, uma visão *prospectiva da função jurisdicional*, destinada a evitar a consumação de quaisquer lesões a direito, viabilizando a emissão de uma forma de tutela jurisdicional que *imunize* situações de ameaça a direito independentemente de elas se converterem em lesões”. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, volume 1. 9ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2018, p. 126.

bem ensina Nelson Nery Junior, “não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a *adequada*²⁸, sem o que estaria vazio de sentido o princípio”²⁹.

Isto porque, conforme Castro Nunes:

o mandado de segurança dá ao titular o direito à prestação *in natura*. É um procedimento *ad ipsam rem*, que não comporta a substituição da prestação devida. O direito é assegurado, *no seu exercício*, e não pela forma *indireta* da equivalência econômica, princípio pelo qual se define o ressarcimento da inexecução da obrigação (...) O mandado de segurança é, como já vimos, o remédio específico para assegurar, nas relações de direito público, a prestação *in natura*. Como veremos adiante, *não repara* a violação do direito (...) Não repara porque no mandado de segurança não se condena a ressarcir.³⁰

Quando um pedido de providência liminar é deferido, dois podem ser os efeitos dessa medida: o impetrante pode, com o pedido liminar, intentar somente evitar que uma iminente lesão a um direito seja irreparável, ou seja, que determinada situação jurídica ou bem da vida fique impossível de ser restituído ao estado original, caso se espere uma decisão definitiva de mérito, buscando assim uma decisão acautelatória, que previna o impetrado de realizar algum ato, ou que determine que o mesmo se abstenha de desfazê-lo.

Por outro lado, a medida liminar pode ter o condão de efetivamente antecipar o efeito da tutela jurisdicional pretendida pelo impetrante, logrando assim adiantar o resultado almejado, para que a autoridade impetrada realize o ato conforme a lei ou deixe de praticar algum ato valendo-se de abuso de poder, já que um dos pressupostos do mandado de segurança é que a violação ao direito se dê com ato de ilegalidade ou abuso de poder.

²⁸ Dentro do conteúdo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, Nelson Nery enumera, entre outros, o direito de ação, conforme o qual o Estado não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional, não obrigando o juiz, contudo, a decidir em favor do autor, mas, atribuindo-lhe o dever de aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. (Princípios do processo na constituição federal, p. 213)

²⁹ Nelson Nery Junior. ob. cit.. p. 210.

³⁰ Castro Nunes. “Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público”. p. 38-40.

Assim é que a natureza jurídica das liminares em mandado de segurança pode variar conforme o pedido feito pelo impetrante, conforme este almeje uma medida preventiva para evitar a irreparabilidade do dano, sendo assim de natureza cautelar, ou antecipar uma decisão de mérito para o início do *iter* procedimental, tendo em vista a total afinidade do pedido feito de *initio litis* com o pedido final, tendo assim natureza satisfativa.

Assim, Cassio Scarpinella Bueno, didaticamente, leciona que

Caso a caso o magistrado poderá verificar qual a eficácia preponderante da liminar requerida pelo impetrante em confronto com o objeto da ação de mandado de segurança. Para realização desta pesquisa, deverá estar atento ao pedido final do mandado de segurança, à sua influência na situação fática narrada (e demonstrada) de plano pelo impetrante e ao mecanismo com o qual o impetrante pretende se resguardar da atuação estatal (a liminar). Consoante a liminar guarde total afinidade com o pedido final ou, somente, seja referível ao mesmo, a liminar assumirá a natureza antecipatória ou cautelar, respectivamente. No entanto, como frisamos precedentemente, esta natureza não é pura, estando sempre sujeita aos influxos maiores ou menores da eficácia de menor grau.³¹

³¹ Cassio Scarpinella Bueno, “Liminar em mandado de segurança”, p. 94.

Capítulo 4 – Requisitos para a concessão da liminar

No sistema do Código de Processo Civil atual, existe a previsão, no art. 300 desse diploma, da possibilidade de concessão de uma tutela provisória de urgência “quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil ao processo”.

A “probabilidade do direito” e o “perigo de dano” são elementos que, a exemplo das cautelares do CPC/1973, permitem ao juiz, após realizar uma cognição sumária, conceder a tutela liminarmente, antes mesmo da oitiva da parte contrária e do oferecimento de contraditório.

José Herval Sampaio Júnior apresenta, em obra coletiva sobre o mandado de segurança, a seguinte definição:

A liminar é a simplesmente forma pela qual o magistrado, no nascedouro da lide, sem a ouvida da parte contrária ou até mesmo depois de uma justificação prévia – mas sem o contraditório regularmente instaurado, no que tange à abertura do prazo de resposta (*litiscontestatio, exceptio*) –, concede uma decisão, que tem as características de ser *urgente*, baseada em uma cognição sumária, *provisória* e *revogável*, que tem o condão de antecipar os efeitos práticos da futura sentença, de acordo com os requisitos de cada liminar em espécie.³²

Evidentemente que, por cognição sumária não se deve compreender apenas e tão-somente a noção de cognição rápida, até porque, mesmo nos processos de cognição plena e exauriente, esta deve ser também célere, em respeito aos princípios constitucionais da celeridade processual e da efetividade do processo.

A cognição sumária diz respeito com a salvaguarda do direito subjetivo do requerente, que se mostra, além de ameaçado de sofrer um

³² José Herval Sampaio Júnior, in “O novo mandado de segurança – estudos sobre a lei nº 12.016/2009”, coord. Eduardo Arruda Alvim, Glauco Gumerato Ramos, Gustavo de Medeiros Melo e José Henrique Mouta Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 398.

dano iminente, provável e verossímil o suficiente para que o juiz possa, em caráter liminar, ainda que provisoriamente, conceder a tutela pretendida.

Com efeito, no mandado de segurança essa demonstração da probabilidade e da verossimilhança do direito há de ser muito mais patente, tendo em vista que nele, a lesão ou ameaça de lesão a um direito líquido e certo devem vir comprovados de plano.

Assim, são dois os requisitos que precisam ser atendidos para que o impetrante consiga, liminarmente, a suspensão do ato impugnado, conforme o inciso III do art. 7º da Lei nº 12.016/2009, a saber: a) o fundamento relevante da impetração e b) se do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida.

Eduardo José da Fonseca Costa, em obra coletiva sobre o “novo mandado de segurança” questiona a forma rígida como a doutrina em geral trata do assunto dos requisitos para a concessão das liminares. O autor aponta que

A prematura “ciência processual dos professores” (*Law-in-books*) defende que a concessão das medidas de urgência tem pressupostos *cumulativos* e *autônomos* entre si: se estiverem presentes, o juiz tem o dever de conceder a medida; se um deles faltar, há o dever de denegá-la. É como uma porta com duas fechaduras: há de se ter as duas chaves para abri-la; uma só não basta. Porém, a “ciência processual do cotidiano forense” (*Law-in-action*) revela que as coisas não se dão de forma tão simplista e mecânica. No dia a dia forense, quanto mais “denso” é o *fumus boni iuris*, com menor rigor o *periculum in mora* é exigido; por outro lado, quanto mais “denso” é o *periculum in mora*, olha-se com mais flexibilidade para o *fumus boni iuris*. Em outras palavras: é possível que a presença “forte” ou “exagerada” de um pressuposto “compense” a presença “fraca” ou “minguada” do outro, de maneira que a valoração *dessa* “suficiência compensatória” cabe ao juiz, que a realiza para cada caso concreto e dentro de uma “margem controlada de discricionariedade”. Portanto, do “direito vivo”, dos “lances interacionais” da vida diária, extrai-se que esses pressupostos são *interdependentes*, isto é, que entre o *fumus boni iuris* e *periculum in mora* há um “vaso comunicante”, um “vínculo de complementaridade”, um “liame elástico”, de existência insuspeita para a velha

doutrina. Trata-se, enfim, de um “padrão normativo”, que apenas se consegue verificar por uma observação metódica da rotina espontânea dos tribunais, e não por uma leitura exclusiva do Código de Processo Civil e das leis processuais civis extravagantes”.³³

Para que o juiz aprecie o pedido e decida acerca da concessão da liminar, é necessário também o *requerimento da parte*.

4.1. Requerimento da parte

Embora a Lei nº 12.016/2009 não exija expressamente pedido da parte autora e respeitável doutrina entenda que a liminar pode ser concedida de ofício pelo juiz, ao contrário, para que possa ser analisada e deferida pelo juiz, a liminar depende de pedido da parte, não devendo ser concedida de ofício.

Hugo de Brito Machado, aludindo ao governo militar autoritário que se instalou no Brasil a partir de 1964, explica que parte significativa da doutrina e da jurisprudência acerca do mandado de segurança fora desenvolvido naquele período de ausência de democracia e de limitação das liberdades individuais, de modo que talvez por influência desse modelo político se tenha consolidado o entendimento, conforme o autor, equivocado, de que uma decisão de ofício do juiz acerca da suspensão liminar dos efeitos do ato impugnado importaria em sentença *ultra petita*³⁴, e, citando Edilson Pereira Nobre Júnior, aduz que esse pensamento “não se compraz com a filosofia inspiradora do mandado de segurança, de resguardo a direitos subjetivos líquidos e certos que, muitas vezes, perecerão com a atitude inercial do julgador”³⁵.

Mantovanni Colares Cavalcante também afirma que

(...) no mandado de segurança, deve o juiz analisar se é o caso de concessão imediata, haja ou não pedido do impetrante, tendo em vista constar o remédio

³³ Eduardo José da Fonseca Costa, “O novo mandado de segurança – estudos sobre a Lei nº 12.016/2019”. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 161-162.

³⁴ Hugo de Brito Machado, “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, 9ª ed.; São Paulo: Malheiros, 2016, p. 188.

³⁵ Idem, p. 188.

mandamental como uma das garantias fundamentais do cidadão, a evitar o abuso do Poder Público; e mesmo porque não há essa exigência na Lei 1.533/1951.

Para Alexandre Freitas Câmara, a concessão *ex officio* depende da natureza jurídica da liminar, se cautelar ou satisfativa, isso porque, conforme o autor

(...) as liminares cautelares podem ser deferidas de ofício, com apoio no art. 797 do CPC [todas as referências ao CPC neste trecho se referem ao Código de 1973] e, de outro lado, as medidas provisórias satisfativas, antecipatórias de tutela, só podem ser deferidas mediante requerimento, nos termos do que dispõe o *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil. Assim, em cada caso concreto, caberá ao juiz verificar se a medida liminar seria cautelar ou satisfativa. Sendo ela meramente cautelar, nada impedirá sua concessão *ex officio*, o que atende à exigência de que se maximize a eficácia do processo do mandado de segurança, já que as medidas cautelares se destinam a preservar a efetividade da futura tutela jurisdicional satisfativa. Já as medidas provisórias satisfativas, antecipatórias de tutela, só podem ser deferidas mediante requerimento em atenção ao princípio dispositivo, já que não se pode – ao menos em regra – impor ao demandante a obtenção de um resultado satisfativo de sua pretensão que não coincide com aquilo que ele tenha expressamente postulado.³⁶

Porém, Alfredo Buzaid entende que a medida liminar pressupõe requerimento do impetrante, pois “o princípio *ne procedat iudex ex officio* abrange as ações de conhecimento, cautelares e de execução”³⁷. Isto porque, para o autor, embora a lei não tenha sido clara neste ponto, a exigência de requerimento se amoldaria com mais conforto ao princípio da inércia jurisdicional, esposada no art. 2º do CPC³⁸.

³⁶ Alexandre de Freitas Câmara, “Manual do mandado de segurança”, 2ª ed.; São Paulo: Atlas, 2014, p. 183.

³⁷ Alfredo Buzaid, *ob. cit.*, p. 213.

³⁸ Para Cassio Scarpinella Bueno, o princípio da inércia jurisdicional ou dispositivo “deve ser compreendido no sentido de que tudo aquilo que, na perspectiva do direito material, depender a iniciativa do interessado deve também, na perspectiva do direito processual civil, depender dela. Trata-se de princípio, pois, que pressupõe a adequada compreensão do *necessário* diálogo entre os planos do direito *material* e do direito *processual*. (Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1, p. 396)

Cassio Scarpinella Bueno concorda com Buzaid, indicando que

Assim, já que não existe previsão expressa na lei de regência do mandado de segurança (Lei 1.533/51) ou, sistematicamente, que viabilize a concessão de liminares *ex officio* pelo magistrado, não parece ser possível que este, ao receber a petição inicial do mandado de segurança (ou em qualquer outro momento processual) conceda de ofício, isto é, independentemente da provocação específica da parte, liminar para acautelar ou viabilizar uma determinada prestação *in natura*. Firmada esta premissa, concluímos que a atuação do magistrado, ao conceder a liminar, deve ficar, necessariamente, adstrita à providência requerida pelo impetrante, não podendo modificá-la, sob pena de agir *ultra petita*.³⁹

Leonardo Carneiro da Cunha assevera que

concedida a liminar, deverá o impetrante, ao final, ser responsabilizado objetivamente pelos danos suportados pelo demandado, se a segurança vier a ser denegada. É por isso que o impetrante precisa deixar claro que, realmente, pretende a liminar, assumindo o risco de sua responsabilidade pelos danos, em caso de eventual derrota ao final.⁴⁰

Aparentemente, a solução proposta por Alexandre Freitas Câmara exposta acima parece a mais adequada à noção variável da natureza jurídica da liminar, ora satisfativa, ora cautelar. Todavia, um exame mais cuidadoso da questão revela que tal entendimento não poderia, data vênica, ser aceito.

A lei do mandado de segurança diz no inc. III do art. 7º que, ao despachar a inicial, o juiz ordenará que “se suspenda o ato que deu motivo ao pedido”. A norma é um imperativo abstrato⁴¹ que necessita de interpretação para aplicação a cada caso concreto. E a lei se refere a “ato”, podendo

³⁹ Cassio Scarpinella Bueno, “Liminar em mandado de segurança”, p. 96-97.

⁴⁰ Leonardo Carneiro da Cunha, “A fazenda pública em juízo”, p. 629.

⁴¹ Tercio Sampaio Ferraz Jr. conceitua as normas jurídicas como “expressões de expectativas contrafáticas, institucionalizadas e de conteúdo generalizável. Compõem-se, destarte, de mensagens, emissores e agentes receptores”. Aduz ainda o mestre que a “dogmática analítica capta a norma jurídica como um imperativo despsicologizado. Para evitar confusões com a ideia de comando, melhor seria falar em um *diretivo vinculante*, coercivo, no sentido

tal ato ser uma infinidade de situações diferentes e complexas, emanadas de qualquer lugar do amplo espectro de atuação da administração pública. É aí que a parte impetrante deve demonstrar qual é o ato, que ele é lesivo ou abusivo a um direito líquido e certo, e dizer como ela pretende que esse ato seja interrompido e pare de produzir efeitos.

Isto porque, como o escopo do mandado de segurança é assegurar o exercício de um direito *in natura*, não sendo admissível, a princípio, a conversão da prestação em perdas e danos (ressarcimento), não pode o juiz “presumir” o que ou como o impetrante pretende usufruir desse direito. Por isso é que o impetrante deve pedir a liminar e justificar por que o faz, sob pena de, não o fazendo e o juiz decidir de ofício, dar alguma coisa que o impetrante não deseja e, por isso, emitir sentença *ultra petita*.

4.2. A relevância do fundamento

A relevância do fundamento do pedido, no mandado de segurança, não deve ser limitada somente pela superficialidade do que se convençiona chamar de *fumus boni iuris*, ou seja, a “fumaça”, no sentido de aparência do “bom direito” do impetrante. Significa dizer que é insuficiente uma exteriorização do direito, superficial, ainda que plausível, que possa vir a convencer o magistrado, ante uma cognição sumária (e aqui se quer dizer “rápida” ou “rasa”) do elementos que acompanham a inicial, de que o pedido do impetrante comporta a concessão da liminar.

Como a petição inicial deve vir instruída com a prova pré-constituída do direito do impetrante e que é a única que será apresentada em todo o processo, na decisão da liminar o juiz, numa cognição, ainda que superficial e não exauriente (ou seja, provisória), deve sopesar a plausibilidade do pedido e a probabilidade de o impetrado não ter condições de apresentar elementos que possam desmentir as alegações do impetrante.

de institucionalizado, bilateral, que estatui uma hipótese normativa (*facti species*) à qual imputa uma consequência jurídica (que pode ser ou não uma sanção), que funciona como um critério para tomada de decisão (decidibilidade)”. “Introdução ao estudo do direito”, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2016. p. 85 e 92.

Conforme magistério de Humberto Theodoro Júnior,

Caber-lhe-á [ao magistrado], portanto, para enfrentar o requerimento de liminar, verificar se o autor exhibe documentos adequados e suficientes para a comprovação do suporte fático de sua pretensão. Ainda que o faça de maneira provisória, e sem tempo para um juízo exauriente e definitivo, o juiz tem de formar um convencimento sobre a impetração que o credencie a antever a possibilidade séria de concessão definitiva da segurança. Esse juízo não pode ainda ser definitivo, mesmo no plano fático-probatório, porque o sujeito passivo ainda não foi ouvido e, portanto, ainda não apresentou sua versão em torno do ato impugnado, nem produziu, ainda, os documentos que, eventualmente, possa contrapor aos do impetrante.⁴²

Cassio Scarpinella Bueno discorre ainda acerca da aferição “objetiva” do fundamento relevante, querendo com isto dizer que, além da plausibilidade do direito invocado e demonstrado, a princípio, pela parte impetrante, o magistrado deve também observar se há questões semelhantes ou idênticas discutidas anteriormente nos tribunais hierarquicamente superiores e, havendo, se fora deferida a liminar, com estas palavras:

A respeito desta ‘fundamentação relevante’, é de ser colocado em destaque a circunstância de que a ocorrência de precedentes nos tribunais hierarquicamente superiores, competentes para o conhecimento do recurso de apelação ou especial ou extraordinário, é, em nosso sentir, *indicativo* da ocorrência da relevância da fundamentação constante do inc. II do art. 7º da Lei 1.533/51, bem como para fins de exercício do pedido a que se refere o par. ún. do art. 558, do CPC, e para o exercício de ação cautelar na fase recursal da sentença ou acórdão denegatório do mandado de segurança (CPC, art. 800, par. ún.)⁴³ [as referências são ao CPC/1973]

Posteriormente, o eminente professor evidencia que não defende, com tal argumento, que o juiz faça uma mera coleção de julgados para formular sua cognição inicial a par dos precedentes dos tribunais, mas que se faça um cotejo do direito pleiteado com critérios objetivamente estabelecidos,

⁴² Humberto Theodoro Júnior, “Lei do mandado de segurança comentada”, p. 231.

⁴³ Cassio Scarpinella Bueno, “Liminar em mandado de segurança”, p. 106.

para que, ao mesmo tempo em que se projete a independência do juiz, se evite decisões arbitrárias. E leciona:

Evidentemente, não se prega aqui qualquer espécie de discurso relativo à implantação pura e simples da eficácia vinculante das decisões emanadas dos tribunais superiores aos inferiores ou uma visão distorcida do efeito da jurisprudência (precedentes) dos países regidos pela *common law*. Antes, o que se pretende, unicamente, é a detecção⁴⁴ de um dado *objetivo* e o mais concreto possível que evite a transformação da independência, inegável e constitucionalmente garantida ao magistrado brasileiro, em total arbítrio, em desrespeito ao direito dos particulares, como fica evidenciado nas hipóteses de mandado de segurança, cuja tônica é o resguardo *in natura* do bem tido como afetado, e ao princípio basilar da segurança jurídica.⁴⁵

Então, faz uma análise do pressuposto constitucional do acesso à Justiça para asseverar:

Voltando, especificamente à análise (tradicional) do inc. II do art. 7º da Lei 1.533/51, não se pode pretender, ao menos da análise das liminares concedidas nos mais diversos mandados de segurança impetrados no cotidiano forense, que esta relevância seja do próprio bem jurídico questionado perante o Poder Judiciário. Até porque a Constituição, em seu art. 5º, inc. XXXV, não admite qualquer distinção da questão para exame perante o Poder Judiciário. Dispõe este dispositivo, como já posto em relevo, que *nenhuma* lesão ou ameaça a (afirmação de) direito será excluída dos tribunais brasileiros. Nenhuma distinção é feita entre bens jurídicos, a exemplo do que comportava o sistema anterior por força das ‘arguições de relevância’ suscitadas perante o STF, que somente eram acolhidas tendo presente a qualidade ou importância do bem *sub judice*, vale dizer, identificada, em cada caso concreto, a *relevância* do tema em discussão.

E, finalmente, conclui:

⁴⁴ Assim no original. Trata-se, evidentemente, de erro de revisão editorial, pois não se encontra o termo assim grafado no “Vocabulário ortográfico da língua portuguesa” (5ª ed.; São Paulo: Global, 2009, p. 279). Tampouco o acusam o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa e seu complementar “Dicionário de Sinônimos e Antônimos”. A referência correta, pois, é ao vocábulo “detecção”.

⁴⁵ Cassio Scarpinella Bueno, ob. cit., p. 112.

Assim, tanto quando do exame de pedido relativo à concessão de liminar em mandado de segurança (e, em verdade, em todas as hipóteses previstas pelo ordenamento jurídico para suspensão da liminar nos termos do art. 4º da Lei 4.348/64), como quando da análise do pedido de suspensão pelo presidente do tribunal competente, os reflexos da proteção liminar do bem em discussão — suas implicações com possível lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas — deverão ser examinados. Em ambos estes casos, portanto, a ‘relevância’ do direito material — e dos reflexos de sua proteção no interior da sociedade, e suas mais variadas repercussões na administração pública, será examinada e sopesada. Daí porque (...) a apreciação da ‘relevância da matéria’ nos termos destacados não poderá ser dissociada do exame de sua juridicidade, eis que, fora da ordem positiva, não há Estado (nem Administração, nem Judiciário) e, portanto, não há ‘ordem pública’ a ser protegida.⁴⁶

Esta explicação se dá porque, nas tutelas de urgência, cautelares e antecipadas, aquelas disciplinadas no Título II do Livro V da Parte Geral do Código de Processo Civil, um dos requisitos para a concessão da medida é a “elevada probabilidade de êxito da pretensão, tal como nela formulada”⁴⁷, no sentido de que o requerente apresenta um elemento de convicção de que se “mostra em melhor posição jurídica que a da parte contrária”.⁴⁸ E que, no mandado de segurança, em razão da necessidade de prova pré-constituída do direito, a relevância do fundamento deve ter um quê a mais do que aquelas tutelas de urgência “ordinárias” do CPC.

4.3. Ineficácia da medida, caso finalmente deferida

Um dos propósitos práticos do *writ* mandamental é assegurar a tutela do direito *in natura*, por isso é que o procedimento célere do mandado de segurança visa garantir, no dizer de Humberto Theodoro Júnior, a “indenidade do direito subjetivo ameaçado ou lesado por autoridade pública, de fora ilegal ou abusiva”⁴⁹.

⁴⁶ *Idem*, p. 119,

⁴⁷ Ver MS 31.816 MC-AgR rel. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, *DJE* de 13/5/2013.

⁴⁸ Cassio Scarpinella Bueno, “Curso sistematizado de direito processual civil” – vol. 1, 9ª ed.; São Paulo: Saraiva: 2018, p. 690.

⁴⁹ Humberto Theodoro Júnior, *ob. cit.*, p. 232.

Há situações em que a demora na prestação da tutela jurisdicional pode resultar na ineficácia do provimento de mérito, pois a oportunidade que o pleiteante teria de usufruir o direito que lhe era devido é perdida devido ao decurso do tempo ou da mudança das circunstâncias, ou mesmo porque perdeu a própria vida durante a espera. A doutrina exemplifica com cenas típicas do doente que necessita da tutela judicial para se submeter a cirurgia urgente, ou o candidato que depende do provimento para participar de um certame cujas provas estão em vias de serem aplicadas.

Com muito mais razão de ser a liminar em mandado de segurança o requisito da possibilidade de ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, tendo em vista que neste procedimento mandamental não existe a condenação em ressarcimento pecuniário⁵⁰ por perdas e danos, além do que a hipótese de fracasso na garantia da prestação jurisdicional de fruição do direito *in natura* frustraria a eficácia desse remédio, de inspiração constitucional, tornando um direito fundamental, digno de figurar no rol do art. 5º da Constituição Federal, um mero expediente abandonado pelo desuso pela sua ineficácia prática, o que seria inaceitável, tendo em vista que a nossa Corte Suprema já assinalou que “em hermenêutica constitucional, deve-se prestigiar a exegese que realize, na maior extensão possível, a efetividade dos comandos constitucionais.”⁵¹

Acerca do tema, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

O mandado de segurança, se examinado através da ótica da efetividade do processo, jamais poderá ser admitido com a supressão do instrumento propício à tutela contra o *periculum in mora*, sob pena de deixar de ser um relevante remédio constitucional posto a serviço do cidadão, para tornar-se um procedimento inefetivo e incoerente, por pressupor tutela urgente e, ao mesmo tempo, não dispor de instrumento necessário para realizá-la.

⁵⁰ Humberto Theodoro Júnior, citando Arruda Alvim, ensina que “não deve ser, de conseguinte, o argumento da reparabilidade em pecúnia de eventual denegação, como não raro se vê no dia a dia da militância forense. Mesmo porque direito à reparação em pecúnia o interessado teria, de uma forma ou de outra, independentemente do uso do mandado de segurança”. Ob. cit., p. 232.

⁵¹ STF, MS 31.816 MC-AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux.

Se o *mandamus* requer procedimento acelerado, a possibilidade da aferição da eventual periclitacão, em virtude de *periculum in mora*, do direito que através dele se visa proteger, evidentemente não pode ser suprimida por norma alguma.⁵²

Cassio Scarpinella Bueno, citando Sergio Ferraz, esclarece que:

Por fim, já na formulação hoje em dia vigente, *ex vi* da Lei 1.533 (art. 7º, II) [Lei nº 12.016/2009, art. 7º, III], não mais se alude à gravidade e irreparabilidade da possível lesão (aliás, a *irreparabilidade* não é de sorte alguma relevante, seja para a concessão da liminar, seja para a concessão da segurança: isso porque o mandado de segurança não é ação de cunho reparatório). (...) Atualmente, o que importa, ao lado da relevância do fundamento, é a circunstância de que, na ausência da concessão da medida de caráter antecipatório da tutela, estará a parte realmente na iminência de se ver frustrada, pela absoluta então inaptidão da sentença final com vistas à produção dos efeitos restauradores do direito *em si*, que constituem a finalidade do mandado de segurança.⁵³

Enfim, para que a liminar possa ser deferida, devem concorrer, além do pedido expresso do impetrante para este fim, dois requisitos apontados no inciso III do art. 7º da Lei n 12.016/2009, a relevância do fundamento e o risco de ineficácia da medida, caso deferida ao final.

Não importa, portanto, o grau de relevância de um quesito sobre outro, ambos devem estar presentes, em medidas iguais ou um prevalecendo sobre outro, para que o juiz *deva* conceder a medida.

A concessão da medida liminar não é ato discricionário do magistrado. Verificando-se a presença dos requisitos, cuja aferição é feita por critérios assaz objetivos, o juiz não pode se escusar de conceder a medida sob qualquer pretexto. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ, como se verifica no seguinte julgado:

⁵² Luiz Guilherme Marinoni, “Efetividade do processo e tutela de urgência”; Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 68.

⁵³ Cassio Scarpinella Bueno, “Liminar em mandado de segurança”, p. 122-123.

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE LIMINAR. AUSÊNCIA DO REQUISITO CONCERNENTE AO *PERICULUM IN MORA*. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. É longo o entendimento, bem exposto por HELY LOPES MEIRELLES, no sentido de que “a liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade” (*Mandado de segurança*, 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72)

2. No âmbito do remédio mandamental, a concessão de liminar exsurge condicionada à satisfação, cumulativa e simultânea, dos requisitos indicados no art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09, a saber, o fundamento relevante (*fumus boni iuris*) e a possibilidade de ineficácia da medida, acaso deferida apenas ao final da demanda (*periculum in mora*). Nessa mesma linha de compreensão, CASSIO SCARPINELLA BUENO assinala que “ambos os pressupostos devem coexistir, isto é, mostrar a sua presença concomitantemente, sob pena de o pedido de medida liminar ser indeferido” (*A nova lei do mandado de segurança*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64)

3. Na hipótese dos autos, contudo, ausente se revela o risco de ineficácia da medida, haja vista que o pleito autoral se limita à integração da impetrante ao Quadro de Pessoal da AGU, providência passível de cumprimento mesmo após eventual concessão da ordem.

4. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no MS nº 22.665/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 19/06/2019)

Também é assim o magistério de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in verbis*:

Demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da tutela de urgência, pois tem o dever de concedê-la. É certo que existe certa dose de *subjetividade* na aferição da existência dos requisitos objetivos para a concessão. Mas não menos certo é que não se pode falar em poder discricionário do juiz nesses casos, pois não lhe são dados pela lei mais de um caminho igualmente legítimo, mas apenas um.⁵⁴

⁵⁴ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “Código de processo civil comentado”, 16ª ed.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 931.

4.4. Exigência de caução, fiança ou depósito

A parte final do inciso III do art. 7º da Lei nº 12.016/2009 faculta ao juiz “exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”.

A exigência da garantia é uma medida de contracautela que pode (não é obrigatória) ser utilizada pelo magistrado para assegurar o ressarcimento do impetrado, caso ocorra a denegação da segurança.

No diploma anterior, não existia a previsão expressa da possibilidade de exigência de garantia do autor para concessão da liminar, e a prática era comum – e um tanto polêmica –, especialmente em matéria tributária, de que dependia a concessão da medida o depósito do valor do tributo controvertido.

A novel legislação consignou expressamente, no dispositivo supracitado, a possibilidade de se fazer essa condição, porém a questão ainda não se encontra totalmente pacificada.

Hely Lopes Meirelles argumenta que

Embora teoricamente o reconhecimento de direito líquido e certo não deva ser condicionado a uma contragarantia por parte do impetrante, há casos nos quais tal procedimento se justifica no interesse de ambas as partes, podendo o titular do direito lesado exercê-lo de imediato e tendo a autoridade uma garantia de pleno ressarcimento no caso de modificação final da decisão proferida.⁵⁵

O saudoso professor defende ainda que “se dê ao juiz, na matéria uma faculdade que deverá exercer dentro dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade aos quais se refere a jurisprudência do STF”.⁵⁶

Assim também se posiciona Cassio Scarpinella Bueno, como se observa no trecho abaixo transcrito:

⁵⁵ Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 103.

⁵⁶ Idem, p. 104.

A previsão legal, tal qual feita, não atrita com o “modelo constitucional do mandado de segurança”. Não há como interpretar a exigência de caução como *condição* para a concessão da liminar. O que o inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 quer é que o magistrado, consoante as peculiaridades do caso concreto, *possa* impor a caução para assegurar eventual resultado infrutífero se, a final, o pedido do impetrante for rejeitado. É o que, para o “dever-poder geral de cautela”, que também tem, para nós, estatura constitucional – é sempre importante destacar essa característica diante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal – decorre do art. 805 do Código de Processo Civil [1973]”⁵⁷

Leonardo Carneiro da Cunha assevera, em complementação, que

Ainda que a situação seja excepcional, a justificar a exigência de caução, o juiz deve dispensá-la quando o impetrante for comprovadamente hipossuficiente. Assim, e para que não haja ofensa ao princípio da efetividade ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, o juiz deixará de exigir a caução.⁵⁸

Hugo de Brito Machado, em obra específica sobre o mandado de segurança em matéria tributária, conclui com acerto que

Seja como for, certo é que agora a Lei 12.016/2009 faculta ao juiz a exigência de caução, fiança ou depósito (art. 7º, inciso III). Está superada, portanto, a alegação de que tal exigência seria ilegal. Resta em aberto, porém, a questão de saber em que casos ela se justifica. E me parece que só se justifica nos casos em que exista perigo de ocorrência de dano para a pessoa jurídica, decorrente da execução da medida liminar e da final denegação da segurança.⁵⁹

4.5. Recurso cabível contra decisão que indefere o pedido de liminar

O § 1º do art. 7º da Lei nº 12.016/2009 é expresso em determinar que “da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a

⁵⁷ Cassio Scarpinella Bueno, “A nova lei do mandado de segurança”, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66.

⁵⁸ Leonardo Carneiro da Cunha, “A fazenda pública em juízo”, p. 630.

⁵⁹ Hugo de Brito Machado, “Mandado de segurança em matéria tributária”, p. 193.

liminar, caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”.

Na vigência da legislação anterior do mandado de segurança, contudo, grande era a controvérsia acerca da recorribilidade das decisões liminares na ação mandamental, isto porque a Lei nº 1.533/51 não disciplinava o tema, de forma que pairavam muitas dúvidas sobre o assunto.

O Superior Tribunal de Justiça firmara tese, no julgamento do Tema Repetitivo 136, de que “é cabível a interposição de agravo de instrumento contra decisão que de magistrado de primeira instância que indefere ou concede liminar em mandado de segurança”. É interessante colher do julgado os seguintes excertos:

A supressão de recurso tendente a modificar o provimento liminar, em sede de *writ*, viola os princípios constitucionais processuais da ampla defesa e do *due process of law*. (...)

Dessarte, considerando que o agravo é instrumento recursal que desafia qualquer decisão interlocutória, independentemente do rito inerente à ação, correta se mostra a sua utilização contra a decisão concessiva ou denegatória de liminar em mandado de segurança.⁶⁰

⁶⁰ STJ, Recurso Especial nº 1.101.740/SP, rel. Min. Luiz Fux.

Capítulo 5 – Hipóteses de vedação à concessão de liminares

Dispõe o § 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/09:

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

Antes da promulgação da Lei do Mandado de Segurança, havia uma série de leis esparsas que restringiam a concessão de liminares em mandado de segurança.

A notícia histórica é que, quando da edição da Lei nº 1.533/1951, nela não havia limitações à concessão de liminares, o que logo permitiu que se praticassem abusos de todo tipo contra o interesse público, notadamente contra o erário, de tal sorte que, à medida que estes abusos iam sendo identificados, uma lei era feita para coibir uma determinada prática que era, então, mitigada pela vedação expressa e específica à concessão de liminar em mandado de segurança, definida por uma lei criada somente para este fim.

Sobrevindo, então, a Lei atual, o que aparece no dispositivo em comento é um compêndio — não exaustivo, diga-se — de vedações que existiam em legislação esparsa e que foram expressamente revogadas, ante o art. 29 da Lei nº 12.016/2009.

Cassio Scarpinella Bueno sustenta que o parágrafo citado é flagrantemente inconstitucional, por destoar inteiramente da ordem constitucional e do “modelo por ela criado para o mandado de segurança”⁶¹, constituindo uma violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição qualquer tentativa de obstaculizar, minimizar ou frustrar o alcance e a eficácia almejados constitucionalmente para o *writ*, e assevera que

Importa, ainda a respeito do § 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/2009 ora examinado, enfatizar algo que parece não estar, sempre e necessariamente, claro: o

⁶¹ Cassio Scarpinella Bueno, “A nova lei do mandado de segurança”, p. 71.

magistrado concede liminar em mandado de segurança porque vê, diante de si, que o impetrante tem melhor direito que o Estado e que ele, o impetrante, tem *necessidade* da prestação da tutela jurisdicional *imediata*. Não há como, diante disso — mola propulsora da liminar em mandado de segurança —, vedar aprioristicamente o controle jurisdicional de uns tantos atos dizendo que a concessão de liminares pode ter alguma coisa espécie de efeito deletério nas contas e no orçamento públicos. Tempo, em se tratando de mandado de segurança, é justiça; é a razão de ser do Estado-juiz em ampla consonância com o “modelo constitucional do direito processual civil”.⁶²

Há, de fato, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 4296/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que impugna diversos artigos da Lei do Mandado de Segurança, inclusive o § 2º do art. 7º, ora comentado, ao argumento de que

ao disciplinar as hipóteses de cabimento do mandado de segurança, individual e coletivo, o legislador não preservou a amplitude da ação de natureza constitucional, tendo o ato normativo ora impugnado, pois, violado a Constituição Federal, na medida em que o apequenou por razões meramente de proteção ao poder público e de suas autoridades.⁶³

Esta ação direta de inconstitucionalidade ainda se encontra pendente de julgamento, então vigoram as regras de vedação à concessão de liminares, que serão examinadas neste capítulo.

A primeira vedação do rol trata da “liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários”.

A Súmula 212 do STJ, cujo teor foi repetido no § 5º do art. 1º da Lei nº 8.437/1992 pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, diz que a “compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”. O art. 170-A do Código Tri-

⁶² Idem, p. 73.

⁶³ Cezar Britto e Oswaldo Pinheiro Ribeiro Junior, Petição inicial dirigida ao STF na ADI 4296/DF.

butário Nacional, por sua vez, estabelece que é “vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”.

Hugo de Brito Machado argumenta que todos esses dispositivos são inconstitucionais. O autor sustenta que

Proibindo, como proíbem, a tutela judicial de urgência, da qual necessita o contribuinte que esteja sendo vítima de arbítrio concernente a importação de mercadorias ou de compensação de créditos tributários, esses dispositivos da Lei 12.016/2009 são de flagrante inconstitucionalidade. A garantia de jurisdição, estabelecida pelo art. 5, inciso XXXV, da Constituição, segundo a qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, há de ser entendida como garantia de jurisdição eficaz, vale dizer, garantia de provimento jurisdicional apto a reparar efetivamente as lesões a direitos e prevenir efetivamente os direitos ameaçados. Assim, vedar a tutela judicial de urgência é permitir que a prestação jurisdicional que venha a ser afinal obtida reste inteiramente inútil, porque já consumada a lesão ao direito.⁶⁴

Acerca da compreensão da Súmula 212 do STJ, Eduardo José da Fonseca Costa sustenta que os dispositivos que “proíbem” a concessão de liminares para fins de compensação tributária, não a vedam de fato, mas apenas exigem um *periculum in mora* extremado, que configure uma “emergência crítica”. O autor sustenta que

Em verdade, na prática, esses comandos normativos não fazem outra coisa senão exigir um *periculum in mora* “mais robusto”. Antes da edição da Súmula nº 212 pelo STJ, da introdução do art. 170-A no CTN pela LC nº 104/2001, do advento do § 5º do art. 1º da Lei nº 8.437/92 (incluído pela MP nº 2.180-35/2001) e do § 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/2009, era comum os contribuintes sustentarem que se encontravam sob risco de dano irreparável ou de difícil reparação, já que a cada desembolso se sujeitava à tormentosa via do *solve et repete*, ou mesmo às sanções administrativas decorrentes da inadimplência (autuação, inscrição do nome no cadastro de inadimplentes, etc.)

⁶⁴ Hugo de Brito Machado, “Mandado de segurança em matéria tributária”, p. 186.

Daí porque inúmeras liminares eram concedidas com base nessa fundamentação. Porém, como se pode ver, não se trata de *periculum in mora* radical, capaz de inviabilizar a existência mesma da empresa, ou de comprometer sua saúde econômico-financeira. Isso mostra que a maior parte dessas liminares amparava situações de *urgência não extremada*. Todavia, com o advento do art. 170-A do CTN, nada impede que se conceda tutela liminar para a compensação tributária, contanto que esteja escorada na comprovação concreta de uma emergência crítica, e não na singela alegação de que medidas poderão ser tomadas pela Fazenda Nacional contra a requerente.⁶⁵

A Súmula 213 do STJ aduz, por sua vez, que “o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”.

Acerca do tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a medida liminar para compensação de créditos tributários é inadmissível, conforme trecho abaixo:

De concluir-se, assim, que os valores excedentes recolhidos a título do FINSOCIAL são compensáveis com aqueles devidos a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, assegurados à Administração Pública a fiscalização e o controle do procedimento atinente à compensação.

Ressalte-se, entretanto, que tal compensação não poderá ser obtida por meio de concessão de cautelar ou através de simples medida liminar.

O deferimento liminar pressupõe a iminência de lesão irreversível. Na compensação tributária, tal ameaça não existe, vez que se o contribuinte não efetuar, de imediato, a compensação, poderá, oportunamente, pleitear a restituição de débito.⁶⁶

O segundo item das vedações legais à concessão de liminares diz respeito à entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior.

⁶⁵ Eduardo José da Fonseca Costa, ob. cit., p. 166.

⁶⁶ STJ, Recurso Especial nº 150.796/CE, rel. Min. Hélio Mosimann

O art. 1º da Lei nº 2.770, de 4 de maio de 1956 primeiro estatuiu esta regra, da seguinte maneira:

Art. 1º Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa

Hugo de Brito Machado também revela que

A doutrina explicava esta restrição como providência contra o abuso praticado na impetração de mandados de segurança para liberação de automóveis importados irregularmente. Eram mandados de segurança para liberação de centenas de veículos de uma só vez. Obtida liminar e retirados da Alfândega os automóveis, os impetrantes desinteressavam-se deliberadamente, ou mesmo promoviam o extravio dos autos, em conluio com funcionários menos escrupulosos.⁶⁷

Cassio Scarpinella Bueno⁶⁸ igualmente concorda que essa restrição, como as demais, ofendem o “modelo constitucional”, uma tradição já no ordenamento jurídico brasileiro quando se trata de tentar coibir o reconhecimento de direitos quando estes tendem a afetar as contas públicas.

Hely Lopes Meirelles noticia que a vedação referente à liberação de mercadorias e bens provenientes do exterior só abrange aquelas mercadorias provenientes de atos ilícitos, como contrabando.⁶⁹

É como leciona, da mesma forma, Alexandre Freitas Câmara, conforme se extrai de sua obra:

O que se quer é impedir a concessão de medidas satisfativas, baseadas em cognição sumária, e que se sejam capazes de produzir efeitos irreversíveis.

⁶⁷ Hugo de Brito Machado, ob. cit., p. 184.

⁶⁸ Cassio Scarpinella Bueno, “A nova lei do mandado de segurança”, p. 71.

⁶⁹ Hely Lopes Meirelles, “Mandado de segurança e ações constitucionais”, p. 107.

Afinal, no caso de ter sido o bem ou a mercadoria alvo de retenção alfandegária, sua liberação liminar geraria um efeito irreversível. Basta pensar que, no caso de se vir a julgar improcedente o pedido, o bem — já desembaraçado — não seria devolvido à alfândega...⁷⁰

O Superior Tribunal de Justiça tem exemplo de decisão que cassou liminar concedida por juiz de primeiro grau em favor de importador das chamadas máquinas “caça-níqueis”. Eis um trecho do acórdão:

1. Agravo de instrumento interposto contra decisão proferida por juiz singular nos autos de ação ordinária, objetivando o reconhecimento do direito de a autora de importar, adquirir, vender, locar e explorar as cognominadas MEP's de vídeo-bingo, à luz da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), consubstanciada no deferimento da antecipação de tutela para internalização de máquinas eletrônicas programadas (MEP's) e peças de reposição, conferindo efetividade a esta e a anterior antecipação de tutela concedida para exploração de máquinas eletrônicas programadas.
2. À luz da legislação atinente à espécie, forçoso concluir que a **antecipação de tutela** deferida pelo Juiz Singular e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região encontra óbice na Lei nº 2.770/56, que impede a liberação de mercadorias procedentes do estrangeiro em sede de liminar ou qualquer medida preventiva.⁷¹

Alexandre Freitas Câmara adverte, entretanto, que podem ocorrer situações de “irreversibilidade recíproca”, em que as consequências da não concessão da liminar devem ser sopesadas em favor da utilidade do processo.

Exemplifica o eminente desembargador com a situação de mercadorias perecíveis:

Nessas hipóteses, a necessidade de se aguardar por um julgamento baseado em cognição mais profunda poderia acarretar o perecimento da mercadoria e, por conseguinte, a própria inutilidade do processo de mandado de segurança.

⁷⁰ Alexandre Freitas Câmara, ‘Manual do mandado de segurança’, p. 171.

⁷¹ STJ, Recurso Especial n 752.538/ES, rel. Min. Luiz Fux.

Pois em casos assim é admissível a concessão da liminar, não obstante a expressa vedação legal. E isso porque, como já se afirmou, onde há irreversibilidade recíproca não se faz presente a *ratio* da restrição à concessão da medida liminar, que é precisamente a de evitar a produção de efeitos irreversíveis a partir de uma decisão provisória, baseada em mero juízo de probabilidade.⁷²

Por fim, a última vedação expressa à concessão de liminares presente no art. 7º, § 2º da Lei nº 12.016/2009 diz respeito com a “reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

Hely Lopes Meirelles discorre da seguinte maneira acerca da vedação de equiparações e vinculações:

*A vedação de equiparações e vinculações de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público (CF, art. 37, XIII) é outra norma moralizadora que figura no texto constitucional desde 1967 (art. 96). A Constituição proíbe o tratamento jurídico paralelo de cargos com funções desiguais (equiparação) e a subordinação de cargo a outro, dentro ou fora do mesmo Poder, ou a qualquer fator que funcione com índice de reajustamento automático, que retire a iniciativa do Poder competente para a fixação da remuneração, como o *salário-mínimo* (salvo os casos previstos na Constituição, cf. Súmula Vinculante 4), inclusive o profissional, ou a *arrecadação orçamentária (vinculação), para fins de remuneração do pessoal administrativo*. Equiparar significa a previsão, em lei, de remuneração igual à de determinada carreira ou cargo. Assim, não significa equiparação a existência de duas ou mais leis estabelecendo, cada uma, valores iguais para os servidores por elas abrangidos. Vincular não significa remuneração igual, mas atrelada a outra, de sorte que a alteração da remuneração do cargo vinculante provoca, automaticamente, a alteração da prevista para o cargo vinculado.⁷³*

A remuneração dos servidores públicos, feita, evidentemente, por meio dos cofres públicos, em regra, é composta de uma parcela paga a título de vencimentos, formada pelo valor base conforme a classe e o padrão

⁷² Alexandre Freitas Câmara, ob. cit., p. 171-172.

⁷³ Hely Lopes Meirelles, “Direito administrativo brasileiro”. 43ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 576.

da carreira em que o servidor se encontra (em razão da progressão funcional), acrescida de diversas rubricas pagas a título de vantagens pecuniárias, divididas entre adicionais e gratificações.

Importa saber, contudo, que a remuneração dos servidores, seja qual for a posição que cada qual ocupe na estrutura da carreira a que pertençam, e de quantas parcelas seja composta, depende de dois elementos: que tenha veiculação normativa carreada por lei específica e de que exista previsão orçamentária suficiente, conforme os arts. 165 e seguintes da Constituição Federal.

Isto faz com que o ente público não tenha discricionariedade acerca da modificação dessa remuneração, ou seja, não pode o ente decidir aumentar o salário do servidor, por “merecimento” ou “promoção”, nem lhe subtrair parte do pagamento, por “dívida” ou por “punição” por ato infracional disciplinar, sendo certo que, para que haja qualquer alteração, o Congresso Nacional deve aprovar uma lei específica para tal fim, mediante previsão orçamentária⁷⁴.

Também é cediço que qualquer vantagem percebida pelo servidor a título de remuneração tem caráter alimentar, sendo que, uma vez incorporada à sua folha de pagamento, incorpora-se, automaticamente, ao seu patrimônio jurídico, não podendo mais ser-lhe retirada ou diminuída por qualquer motivo.

Um derradeiro elemento característico dos vencimentos dos agentes públicos se consubstancia no fenômeno da irrepetibilidade das parcelas de caráter alimentício recebidas de boa-fé, significando isto que, uma vez pagos, a Administração não pode obrigar o servidor a devolver o montante recebido⁷⁵.

⁷⁴ Hely Lopes Meirelles aduz que “a *natureza alimentar dos vencimentos* não permite que eles sejam retidos pela Administração, nem admite arresto, sequestro ou penhora, consoante dispõe o art. 833, IV, do CPC/2015 relativamente ao arresto e ao sequestro. (“Direito administrativo brasileiro”, p. 623)

⁷⁵ Hely Lopes Meirelles destaca a jurisprudência das Cortes Superiores: “No STF é pacífico o entendimento de que não cabe restituir os valores recebidos de boa-fé e por causa de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração ou mesmo pelo Judiciário (Pleno, MS 26.085). No STJ também: ‘Não é possível exigir a

Todas estas questões, que tratam de direitos fundamentais e gozam de status constitucional, levaram a que o legislador, desde o art. 5º da Lei nº 4.348/1964, vedasse a concessão de liminares em mandado de segurança para tratar de reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Para além das vedações expressas na Lei do Mandado de Segurança, Cassio Scarpinella Bueno enumera um apanhado de leis esparsas que têm o mesmo condão de proibir a concessão de liminares em ações mandamentais, concluindo, portanto, que o rol contido no § 2º do art. 7º da Lei 12.016/09 é meramente exemplificativo. Leciona o eminente professor:

Com efeito, também o art. 1º da Lei n. 8.076/1990 veda liminares em mandados de segurança impetrados contra atos derivados do chamado “Plano Collor”. A lei, embora sem aplicação nos dias de hoje, nunca foi revogada ou declarada inconstitucional e é exemplo da discussão traçada no texto. (...) Àquele rol, vale acrescentar a proibição veiculada pela Medida Provisória n. 2.197-43/2001, que introduz um art. 29-B da Lei n. 8.036/1990 pra vedar a concessão de liminar (e tutela antecipada) para movimentação ou levantamento do FGTS nos seguintes termos: “Art. 29-B. Não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS”. A Medida Provisória, importa destacar, o é apenas no nome. Ela foi mantida vigente, até ulterior deliberação do Congresso Nacional, por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001.⁷⁶

devolução ao Erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei’ (REsp 1.244.182 – recurso repetitivo); idem, AGU, Súmula 34 (que fora cancelada pela Súmula 71/2013, mas restabelecida pela Súmula 72/2013): ‘Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública’. Mas o STJ deu como cabível o desconto de valores indevidamente recebidos por força de decisão liminar, desde que observados o contraditório e o limite máximo de descontos previsto na lei. (“Direito administrativo brasileiro”, p. 624)

⁷⁶ Cassio Scarpinella Bueno, “A nova lei do mandado de segurança”, p. 70.

André Vasconcelos Roque e Francisco Carlos Duarte, em obra de comentários à Lei do Mandado de Segurança, sustentam que

O dispositivo em questão, além de reforçar a patente inconstitucionalidade das hipóteses de vedação à concessão de liminar em mandado de segurança e de evidenciar, a não mais poder, o censurável propósito da lei em restringir as medidas de urgência contra o poder público, se mostra deslocado. Se o objetivo do legislador era estabelecer, de forma expressa, mais uma vedação à antecipação de tutela contra o poder público, o que deveria ter feito era alterar os arts. 273 e 461 do CPC ou acrescentar tal regra na Lei 9.494/97, que disciplina a aplicação do referido instituto contra a Fazenda Pública, mas não regular a questão em lei específica sobre mandado de segurança⁷⁷.

Os autores destacam, também, que

... de qualquer maneira, que o novo dispositivo não estabeleceu proibição expressa à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública com relação às obrigações de entregar coisa certa, nem às causas de natureza previdenciária, de sorte que permanecem incólumes os entendimentos consagrados nos tribunais superiores em relação aos temas anteriormente indicados⁷⁸.

Leonardo Carneiro da Cunha⁷⁹, discorrendo acerca de dispositivos da Lei nº 9.494/1997 e da decisão proferida na ADC 4, assevera que

Embora tenha reconhecido a constitucionalidade das restrições e vedações à concessão de tutela antecipada contra o Poder Público, o STF vem conferindo interpretação restritiva ao referido dispositivo, diminuindo seu âmbito de abrangência para negar reclamações constitucionais em algumas hipóteses em que lhe parece cabível a medida antecipatória, mesmo para determinar o pagamento de soma em dinheiro.

Segundo entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, é possível a concessão de tutela antecipada para que seja efetuado pagamento de parcela indenizatória.

⁷⁷ André Vasconcelos Roque e Francisco Carlos Duarte, “Mandado de segurança”. Curitiba: Juruá, 2011, p. 76.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ Leonardo Carneiro da Cunha, “A fazenda pública em juízo”, p. 329-330.

Se a tutela antecipada não é concedida para impor pagamento de vantagem, mas tal pagamento será realizado como *consequência* da medida antecipatória, a hipótese não se encaixa na proibição do art. 1º da Lei 9.494/1997, não havendo ofensa à decisão proferida na ADC 4. Assim, por exemplo, é possível a tutela provisória para impor a nomeação e a posse de candidato aprovado em concurso público. É verdade que, uma vez empossado, o candidato passa a ostentar a condição de servidor público, vindo a perceber remuneração, com inclusão em folha de pagamento. Como os efeitos financeiros constituem uma consequência *secundária* da decisão, a hipótese não se encaixa nas vedações do art. 1º da Lei 9.494/1997, não arrostando o quanto decidido na ADC 4. Tome-se, ainda, como exemplo a hipótese de tutela antecipada que determine a reintegração de servidor a seu cargo. Como *consequência* da decisão, haverá inclusão em folha de pessoal, com dispêndio para pagamento de vencimentos futuros. É possível a tutela antecipada, não havendo ofensa à decisão do STF, proferida na ADC 4. De igual modo, a concessão de tutela antecipada para assegurar a nomeação de candidato aprovado em concurso público, sem concessão de efeito financeiro pretérito, não atenta contra a decisão proferida na ADC 4⁸⁰.

⁸⁰ Leonardo Carneiro da Cunha, “A fazenda pública em juízo”, p. 329-330.

Capítulo 6 – Revogação da medida

O § 3º do art. 7º da Lei 12.019/2009 estabelece que os efeitos da medida liminar persistirão até a prolação da sentença, salvo se revogada ou cassada.

Note-se que a Lei, neste caso, cometeu uma redundância, pois “cassação” e “revogação” são termos sinônimos. Juridicamente, seria mais correto falar em cassação da medida liminar, posto que revogação, em direito administrativo, é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, pela própria Administração, por motivo de conveniência.

Como os atos discricionários da Administração, sempre, frise-se, que legítimos e eficazes, usufruem de um caráter de definitividade⁸¹, e que pode a Administração, segundo juízo de conveniência e oportunidade, revogá-los, parece que o termo revogar, quando se trata de extinguir o efeito de uma liminar, que tem caráter provisório, oriundo de uma cognição sumária e não exauriente, soaria inadequado. Contudo, é usual na doutrina e na jurisprudência a utilização do termo, de modo que se usa indistintamente “cassar” e “revogar”, além do que a lei não se furtou a usar ambos juntos, como se fossem coisas diferentes.

A despeito da discussão terminológica e redundâncias à parte, a Lei nº 12.016/09 veio solucionar uma questão que há muito atormentava a doutrina, que diz respeito ao prazo de validade das liminares.

Hely Lopes Meirelles chegou mesmo a sustentar que

Sendo a medida liminar uma providência cautelar, de preservação do direito invocado pelo impetrante, é concedida por fundamentos diversos e independentes da decisão de mérito. Por isso, não basta que o juiz se manifeste sobre o mérito, denegando o mandado, para que fique automaticamente invalidada

⁸¹ Hely Lopes Meirelles aduz que “em princípio, todo ato discricionário é revogável, mas motivos óbvios de interesse na estabilidade das relações jurídicas e de respeito aos direitos adquiridos dos particulares afetados pelas atividades do Poder Público impõem certos limites e restrições a essa faculdade da Administração”. (Curso de direito administrativo brasileiro, p. 232).

a medida liminar. É preciso que o julgador a revogue explicitamente para que cessem seus efeitos. O só fato de denegar a segurança não importa afirmar a desnecessidade da liminar, porque ela visa a preservar os danos irreversíveis para o impetrante, e esta possibilidade pode subsistir até que a sentença passe em julgado, negado o direito pleiteado. Enquanto pende recurso a sentença denegatória é reformável, e, como tal, nenhum efeito produz em relação à suspensão provisória do ato. O que sustenta ou invalida a liminar, a nosso ver, é o pronunciamento autônomo do juiz sobre sua persistência ou insubsistência.⁸²

Hugo de Brito Machado assevera que a ilogicidade desse raciocínio, citando Adhemar Ferreira Maciel, é apenas aparente. Assevera o autor:

A liminar não se confunde com a sentença. Tem objetivo específico que a identifica: impedir que se torne inútil a decisão que a final venha a conceder a segurança. Manter a liminar, mesmo denegando a segurança, significa garantir ao impetrante o duplo grau de jurisdição, que em muitos casos resultaria inteiramente inútil, posto que a autoridade impetrada poderia imediatamente praticar o ato impugnado, fazendo perecer em definitivo o direito, e fazendo inútil, portanto, o reexame da sentença.⁸³

Ainda que a Súmula 405 do STF (hoje superada com a edição da nova lei do mandado de segurança, que traz disciplina específica sobre o assunto) estabeleça que “denegado mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”, a doutrina se dividia com relação ao efeito da liminar em face da denegação da segurança em que o juiz não se pronunciou acerca daquela medida, com alguns autores defendendo que os efeitos da liminar permaneceriam, mesmo após a sentença denegatória, e outros, de que os efeitos da liminar cessariam junto com a sentença denegatória.

O professor Alfredo Buzaid sustenta que

⁸² Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança e ações constitucionais*, p. 112.

⁸³ Hugo de Brito Machado, “Mandado de segurança em matéria tributária”, p. 213.

A subsistência de uma liminar não pode ficar condicionada à manifestação do magistrado, que pela sentença definitiva denegou a segurança justamente por lhe faltarem os dois pressupostos de sua concessão, isto é, a aparência do direito e o perigo da demora. Reputa-se, pois, automaticamente revogada a liminar pela sentença que, no mérito, negou a existência do direito líquido e certo do impetrante.⁸⁴

Cassio Scarpinella Bueno leciona que

Justamente por se afinar com a precitada Súmula, não há espaço para recusar que esta última leitura do § 3º do art. 7º da Lei n. 12.016/09 tem tudo para prevalecer no dia a dia do foro, imprimindo à sentença proferida em desfavor do impetrante o condão de revogar *imediatamente*, com o seu tão só proferimento, anterior medida liminar. Sendo este o entendimento que venha a ganhar espaço na vivência prática do mandado de segurança, crescerão em importância, em idêntica proporção, os mecanismos disponibilizados pelo sistema processual civil para criar condições para que eventual *provisamento* do recurso possa surtir, na sua plenitude, os efeitos pretendidos pelo impetrante-recorrente.⁸⁵

Assim, a Lei nº 12.016/09, ao afirmar que os “efeitos da liminar persistirão até a prolação da sentença”, veio pôr fim a uma discussão que ocorria porque a lei anterior era silente a respeito e a Lei nº 4.348/1964 previa um prazo de 90 dias para a caducidade da liminar.

A medida liminar, como decisão interlocutória que é, enfrenta recurso de agravo de instrumento, como qualquer interlocutória. Neste momento é que o magistrado, exercendo o juízo de retratação próprio daquele recurso, pode, em face das considerações feitas pelo impetrado, rever sua decisão e cassar os efeitos da liminar.

Não pode antes, sem qualquer provocação das partes, reaver sua decisão, até porque, como foi dito anteriormente, a liminar é concedida

⁸⁴ Alfredo Buzaid, “Do mandado de segurança”, p. 221.

⁸⁵ Cassio Scarpinella Bueno, “A nova lei do mandado de segurança”, p. 82-83.

ante a probabilidade de que o direito afirmado pelo impetrante será confirmado ao final sem possibilidade de contraposição pela parte contrária.

Como diz Cassio Scarpinella Bueno,

Depende tal providência (...) de provocação específica da parte contrária, vale dizer, mister que o magistrado aguarde a apresentação de informações por parte da autoridade coatora para modificar a decisão concessiva da liminar, ou que verifique, mas sempre por provocação específica do interessado, a demonstração de que não subsistem os fundamentos fáticos que motivaram a concessão da liminar (o que pode ocorrer após a prestação das informações), ou, por fim, que a modifique diante do exercício do juízo de retratação, mercê da interposição de agravo de instrumento contra aquele ato.⁸⁶

Aduz ainda o autor que

Pensamos que a hipótese descrita como ‘revogação’ da liminar por força da apresentação – ou comprovação – de fatos *novos* deveria ser analisada, tecnicamente, como hipótese de proferimento de *nova decisão*, eis que proferida à luz de *novos fatos*. Se assim é, não se pode dizer que exista qualquer óbice para o juiz ‘revogar’ (ou, mais precisamente, cassar) a providência determinada liminarmente; antes, estaria proferindo nova decisão que se amolda aos novos fatos trazidos aos autos.

Caso de cassação (revogação) da liminar, propriamente dita, haveria mesmo, apenas quando, mantido o fato – à luz, portanto, da confirmação de que a afirmação de direito do impetrante revestia-se, efetivamente, dos requisitos de liquidez e certeza exigidos para a impetração do mandado de segurança –, o convencimento do juiz se alterasse pela fundamentação, verificando, *in concreto*, que a situação fático-jurídica descrita na inicial *não conduzia* à consequência jurídica determinada de início, desde que provocado devidamente para tanto por quem tenha sucumbido com a concessão da liminar. Por outras palavras, tendo presente a premissa já lançada de que inexistia qualquer parcela de discricionariedade para concessão ou denegação da liminar, diante da totalidade dos elementos trazidos ao conhecimento do magistrado, ao verificar o mesmo que a situação fático-jurídica narrada (e comprovada, de plano) pelo

⁸⁶ Cassio Scarpinella Bueno, “Liminar em mandado de segurança”, p. 198-199

impetrante não se subsume aos conceitos de relevância da fundamentação e de ineficácia da medida constantes do inc. II do art. 7º da Lei 1.533/51.⁸⁷

Vale destacar a opinião de José Manoel de Arruda Alvim Netto acerca da revogação da medida liminar, para quem tal medida é ato do juiz. Assim escreve o autor:

Quanto ao problema da revogação da medida liminar, devemos ter presente que a revogação é ato do juiz. Geralmente, esse ato será explícito, se se tratar de um despacho autônomo, através do qual ele revoga a medida liminar que concedera; poderá ser implícito, mas esta implicitude, via de regra, ocorrerá no bojo da própria sentença, se eventualmente, o juiz ao sentenciar, não for expresso ou explícito quanto à revogabilidade, denegar a segurança. A revogação autônoma, por decisão, via de regra, normalmente se segue às informações, ou seja, o juiz, à luz das informações, poderá ter uma impressão diversa daquela tida, quando houvera por bem conceder a medida liminar. Quanto às sentenças possíveis em processo de mandado de segurança, com as suas implicações, na liminar, nós encontramos, dentre elas, a sentença de carência, vale dizer, a inidoneidade do mandado de segurança. Se houver uma sentença de carência, prevista *expressis verbis*, aliás, na lei, é evidente que a liminar haverá de cair. O processo ou a ação do mandado de segurança foram tidos como inidôneos para suportar uma sentença de mérito. *Ipsa facto*, com a decretação de carência, cairá a medida liminar, e, se porventura, não tiver sido expresso o juiz, por certo haver-se-á de entender, implicitamente, ter sido revogada a medida liminar. Quanto à decisão de improcedência, vale dizer, denegada a segurança no seu merecimento, o juiz poderá ser explícito, cassando a liminar, ou poderá ser omissivo. Se ele for omissivo, a cessação dos efeitos da liminar deverá ser tida como um efeito secundário ou um efeito natural da sentença, ou seja, mesmo diante da omissão, ou da ausência de explicitude do juiz, é efeito que, necessariamente, acompanha a sentença. Por outras palavras, a sentença denegatória do mandado de segurança em seu mérito é uma realidade maior e, portanto, com ela é incompatível a liminar que fora concedida para antecipar a eficácia da sentença, a qual eficácia, justamente por ser denegatória, não veio. É evidente que se a sentença for procedente, estará “vivificada” a eficácia de medida liminar. O juiz terá concedido a segurança e,

⁸⁷ Cassio Scarpinella Bueno, “Liminar em mandado de segurança”, p. 200.

poderíamos considerar, então, aquela eficácia, absorvida pela da sentença de mérito, concessiva do mandado de segurança.⁸⁸

O efeito da revogação da liminar é a restauração da situação anterior à impetração, como se esta nunca houvesse existido. É por isso que o juiz deve se cercar de cuidados ao conceder a medida, especialmente quando esta é emitida antes da formação do contraditório, para que uma possível irreversibilidade do quanto tenha se produzido durante o efeito da liminar não cause prejuízo ao impetrado que, no mais das vezes, é um ente público, de forma que um prejuízo para si representa uma perda para a sociedade.

⁸⁸ José Manoel de Arruda Alvim Netto, “Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança”, Revista de Processo 39/1985, p. 7-8.

Conclusão

A Administração Pública, hoje, está passando por uma grave crise, financeira e institucional.

Não queríamos e nem é nossa intenção apontar as causas políticas da crise atual, até porque a chamada “polarização” ideológica já está por demais exacerbada no Brasil, e isto é algo que se verifica não só no nosso país, mas também em diversas partes do mundo, de modo que não parece salutar, dentro dos limites de um trabalho acadêmico, fomentar ainda mais uma discussão que parece inócua do ponto de vista prático.

Todavia, é inegável que, nos últimos trinta anos (talvez não seja absurdo coincidir o início dessa fase com o nascimento da Constituição de 1988 e a redemocratização do país) as escolhas feitas pelos governantes, de políticas de *governo*, em detrimento de políticas de *Estado*, com finalidades explicitamente partidárias, para auferir vitórias eleitorais, fizeram com que chegássemos à crise que hoje se acha instalada.

A partir de 2002, houve um *boom* de concursos públicos no país. A quantidade de servidores públicos da administração aumentou significativamente, e sabe-se que houve uma ascensão salarial muito superior à da iniciativa privada.

Só para citar um exemplo da disparidade entre os salários do setor público e do setor privado: conforme a Lei nº 10.855/2004, um técnico do seguro social, cargo de nível médio do INSS para o qual não se exige formação específica nem experiência anterior, em início de carreira, recebe R\$ 5.977,05 por mês, para trabalhar 30 horas por semana. Já um assistente administrativo, que para ocupar semelhante função também não precisa de formação específica nem experiência prévia, recebe, em média, R\$ 1.831,23 por mês, para trabalhar 43 horas por semana. É uma diferença abissal: o servidor público ganha 226% a mais para trabalhar 30% de tempo a menos que empregado privado.

Nem se leve em consideração que o salário inicial do técnico de nível médio do INSS só vale para o primeiro ano de trabalho (classe A1), quando então o funcionário é “promovido” automaticamente (passa para A2, A3 etc.), *em virtude da lei* (não por merecimento), e seu salário recebe um incremento, e isso se repete sucessivamente, anualmente, até o funcionário, com apenas 16 anos de trabalho, alcançar o topo da carreira ganhando mais de R\$ 11.000,00. Além do que, ao se aposentar, o servidor continua recebendo os proventos na sua integralidade, ao passo que o trabalhador da iniciativa privada receberá a aposentadoria limitada ao teto do regime geral de previdência.

O problema se agrava quando se constata pela experiência vivida no dia a dia que, embora o quantitativo de servidores públicos tenha aumentado significativamente a partir de 2002 até 2010, a qualidade do serviço público não melhorou. Muito pelo contrário. A percepção do cidadão acerca da qualidade dos serviços prestados pelo Estado só tem piorado ao longo dos últimos anos.

A chamada PEC do Ajuste Fiscal, medida tomada em 2015 pelo governo recém-empossado, foi um primeiro passo para conter o avanço do gasto público com a folha de pagamento de salários dos servidores públicos. A escassez atual de concursos, aliada à tendência de virtualizar o atendimento ao público, é outra iniciativa para se estabilizar o gasto público com pessoal.

O ponto é que a população mais carente, exatamente a que mais depende da atuação do Estado e que mais ostensivamente utiliza os serviços públicos, é a que mais se ressentir e mais se prejudica com a má qualidade da prestação desses serviços, no momento em que a administração obstaculiza o acesso aos serviços e escasseia a oferta dos mesmos.

É por isso que busquei, neste trabalho, aprofundar alguns conhecimentos acerca do mandado de segurança, em especial a concessão das medidas liminares, hoje um instrumento importante e muito utilizado em face da arbitrariedade do Estado-administração contra os direitos líquidos e certos e, quase sempre, fundamentais, da massa populacional que não é culpada pelas más políticas de *governo*.

No capítulo 1, vimos um exemplo atual do quanto exposto no parágrafo acima, da tentativa da administração de escamotear o atendimento previdenciário para canais remotos em detrimento da dificuldade de acesso a esses mesmos canais pelo seu principal público: idosos e pessoas de baixa renda.

No capítulo 2, estudamos a dimensão do conceito de direito líquido e certo, estabelecendo que líquido e certo é o fato, cuja ocorrência insuscetível de contestação e comprovada de plano, se consubstancia no exercício *in natura* de um direito, lesado ou ameaçado de lesão por autoridade pública, e como, na prática, se dá a aplicação destes conceitos para a impetração de uma mandado de segurança e a obtenção de um provimento liminar, de caráter urgente e provisório.

No capítulo 3 vimos como a liminar repercute na esfera jurídica do interessado em termos de satisfação ou acautelamento do direito, e as implicações jurídicas e processuais da concessão da medida liminar.

No capítulo 4 analisamos os requisitos para a concessão das medidas liminares e que o mandado de segurança exige a presença de um *fumus boni iuris* e de um *periculum in mora* “qualificados” em relação ao *fumus* e ao *periculum* “comuns” exigidos para concessão das tutelas de urgência ordinárias.

No capítulo 5 vimos que, historicamente, foram sendo criados, por meio de legislação esparsa, questões específicas a respeito das quais era proibido conceder liminares em mandado de segurança. Essas questões geralmente atendiam interesses políticos de grupos específicos, ou do próprio governo, e a constitucionalidade de tais leis sempre foi questionada pela doutrina. O fato é que a Lei nº 12.016/2009 revogou uma série dessas leis, mas consolidou essas hipóteses de vedação à concessão de liminares em seu artigo 7º, § 2º, dispositivo cuja inconstitucionalidade fora arguida numa ação ainda sem julgamento.

Finalmente, vimos no capítulo 6 o que acontece quando uma liminar concedida é posteriormente revogada.

Conseguimos, dessa forma, analisar aspectos importantes das liminares em mandado de segurança, uma “criação” do direito brasileiro, hoje mais do que nunca importante instrumento para a defesa do particular contra arbitrariedades da Administração.

Bibliografia

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 39: 16-26, 1985.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10^a ed. revista e atualizada por Eliana Barbi Botelho; Rio de Janeiro: Forense: 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33^a ed.; São Paulo: Malheiros, 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. 2^a ed.; São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Volume 1. 9^a ed.; São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Volume 2. 8^a ed.; São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Execução provisória e antecipação da tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Liminar em mandado de segurança – um tema com variações**. 2^a ed.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 12^a ed.; São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança, volume 1, do mandado de segurança individual**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do mandado de segurança**. 2^a ed.; São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Mandado de segurança**. São Paulo: Dialética, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26^a ed.; São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ JUNIOR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação**. 9^a ed.; São Paulo: Atlas, 2016.

JAPIASSÚ, Hilton. **Dicionário básico de filosofia**. 4^a ed. atual.; Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13^a ed.; São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17^a ed.; São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 9^a ed.; São Paulo: Malheiros, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ações constitucionais / Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald, Gilmar Ferreira Mendes; com a colaboração de Marina Gaensly e Rodrigo de Oliveira Kaufmann**. 37^a ed.; São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 43^a ed.; São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32^a ed.; São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28^a ed.; São Paulo: Atlas, 2012.

NUNES, José de Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 9^a ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense: 1988.

O novo mandado de segurança: estudos sobre a Lei nº 12.016/2009 / Coordenadores: Eduardo Arruda Alvim, Glauco Gumerato Ramos, Gustavo de Me-deiros Melo, José Henrique Mouta Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ROQUE, André Vasconcelos. **Mandado de Segurança: comentários à Lei 12.016/09**. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42^a ed.; São Paulo: Malheiros, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Manual do novo mandado de segurança: Lei 12.106/2009**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – vol. II**. 52^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Lei do mandado de segurança comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.