



Rogério Faleiro Machado

**A EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PARA A
CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM
MANDADO DE SEGURANÇA VISTA SOB O
ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS DO ACESSO AO
JUDICIÁRIO E DA TUTELA JURISDICIONAL
ADEQUADA**

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Paulo Gustavo Medeiros Carvalho.

Brasília – DF

2010

Rogério Faleiro Machado

**A EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PARA A
CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM
MANDADO DE SEGURANÇA VISTA SOB O
ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS DO ACESSO AO
JUDICIÁRIO E DA TUTELA JURISDICIONAL
ADEQUADA**

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Paulo Gustavo Medeiros Carvalho.

Brasília – DF

2010



Rogério Faleiro Machado

**A EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA
LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA VISTA SOB O ENFOQUE
DOS PRINCÍPIOS DO ACESSO AO JUDICIÁRIO E DA TUTELA
JURISDICIONAL ADEQUADA**

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Paulo Gustavo Medeiros Carvalho.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente:

Integrante:

Integrante:

Dedico o presente trabalho aos meus pais, que me deram o maior legado que alguém pode receber: a educação.

RESUMO

Relatório monográfico de pesquisa nos campos do direito processual civil e direito constitucional, cujo objeto é a análise da constitucionalidade da faculdade instituída pela Lei n.º 12.016/2009 de exigência de caução, fiança ou depósito para a concessão de medida liminar em mandado de segurança. Por meio da pesquisa dogmática, com a investigação bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, sistematizou-se a doutrina jurídica e a evolução da jurisprudência, bem como se fez comparação entre a recente lei do mandado de segurança com outros dispositivos legais nos quais a exigência de caução é prevista, no escopo de se analisar a constitucionalidade do novel dispositivo, sob o enfoque específico dos princípios do acesso ao Judiciário e da tutela jurisdicional adequada. O estudo realizado, mediante análise detalhada da melhor doutrina sobre o tema, possibilitou chegar à conclusão de que o artigo 7.º, inciso III, parte final, da Lei n.º 12.016/2009, que instituiu a faculdade de exigência de caução para a concessão de liminar, não constitui restrição injusta ao direito fundamental de acesso à jurisdição, mas, ao contrário, pode vir a se tornar até mesmo uma medida benéfica ao impetrante, pois que o julgador não terá mais motivos para indeferir a liminar requerida quando vislumbrar que esta pode causar grave lesão aos cofres públicos. Além disso, o novo instituto está em consonância com a supremacia do interesse público. Outrossim, o princípio da tutela jurisdicional adequada não se mostra obstáculo para a exigência da cautela, na medida em que aquele se liga a questões de celeridade processual, ampliação da legitimidade ativa, redução das custas, realização efetiva do direito material etc., enquanto que esta não afeta quaisquer desses conceitos, até mesmo em razão do caráter precário da medida liminar.

Palavras-chave: Lei n.º 12.016/2009, mandado de segurança, exigência de caução para concessão de medida liminar, acesso ao Judiciário, tutela jurisdicional adequada.

ABSTRACT

Report monographic research in the fields of civil procedure and constitutional law, whose object is to examine the constitutionality of faculty established by Law n.º 12.016/2009 to require collateral security or deposit for the granting of preliminary injunction on a writ of mandamus . Through research dogmatic, with the research of literature, legislation and case law, systematized to legal doctrine and case law developments, and comparison was made between the recent law of writ of mandamus with other legal texts in which the requirement of collateral is envisaged in the scope of analyzing the constitutionality of the novel law, under the specific focus of the principles of access to the judiciary and judicial review appropriate. The study, through detailed analysis of the best teaching on the subject, enabled me to the conclusion that Article 7., Paragraph III, the final part, Law No. 12.016/2009, which established the right to demand security for the granting of an injunction, does not constitute unfair restriction of the fundamental right of access to jurisdiction. Indeed, the faculty established by law may eventually become even a measure beneficial to the plaintiff, since the judge will have no reason to refuse the injunction when required glimpse that this may cause serious injury to the public coffers. Besides this, the new institute is in line with the supremacy of public interest. Moreover, the principle of judicial review does not appear adequate to prevent the requirement for colateral security, in that it connects to issues of speedy trial, the standing extension, reduction of costs, effective realization of the right material etc., while this does not affect any of those concepts, even because of precarious nature of a preliminary injunction.

Keywords: Law nº 12.016/2009, injunction, requirement of collateral for granting an injunction, access to courts, judicial review appropriate.

LISTA DE SIGLAS

ADIN – Ação Direta de inconstitucionalidade

AI – Agravo de Instrumento

AgR – Agravo Regimental

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

DJU – Diário de Justiça da União

DJE – Diário da Justiça do Estado

MP – Medida Provisória

Resp – Recurso Especial

RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

<i>INTRODUÇÃO</i>	8
<i>Capítulo 1 - A Possibilidade de Exigência de Caução e o Princípio do Acesso ao Judiciário</i> ...	10
1.1 O princípio do acesso ao Judiciário	10
1.2 O artigo 7.º, inciso III, parte final, da lei n.º 12.016	11
1.3 O posicionamento de Lucon	12
1.4 Os autores que defendem a constitucionalidade da norma	13
1.5 O posicionamento dos tribunais.....	18
1.6 O novo dispositivo legal não viola o acesso ao Judiciário	19
<i>Capítulo 2 - A Exigência de Caução e a Prestação de Tutela Jurisdicional Adequada</i>	22
2.1 A evolução do pensamento sobre o acesso à justiça	22
2.2 As três ondas de Carreira Alvim	23
2.3 O conceito de tutela jurisdicional adequada e a lição de Grinover, Cintra e Dinamarco ..	25
2.4 O posicionamento de Decomain	27
2.5 A exigência de caução não viola o princípio da tutela jurisdicional adequada.....	28
<i>Capítulo 3 - Críticas à Possibilidade de Exigência de Caução</i>	30
3.1 Primeira crítica.....	30
3.2 Segunda crítica	31
3.3 Terceira crítica	33
3.4 Quarta crítica	34
3.5 Quinta crítica.....	35
3.6 Sexta crítica.....	36
3.7 Sétima crítica	38
<i>CONCLUSÃO</i>	40
<i>REFERÊNCIAS</i>	44

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre tema relacionado a direito processual civil, com tangência em direito constitucional. O tema escolhido refere-se à possibilidade de o magistrado exigir caução do impetrante de mandado de segurança para deferir pedido de medida liminar, novidade trazida pela Lei 12.016/09, em seu artigo 7.º, inciso III, parte final.

Logo após a promulgação da novel lei, surgiu acalorado debate acerca da constitucionalidade do dispositivo objeto deste estudo, visto que grande parte dos estudiosos visualizou, na faculdade concedida ao juiz de exigir caução, fiança ou depósito para conceder a medida liminar, um grave confronto com a Constituição Federal, em especial com os princípios do acesso ao Judiciário e da tutela jurisdicional adequada.

Outra parcela da doutrina, a princípio minoritária, mas que vem ganhando novos adeptos a cada dia, entende que não há qualquer vício de inconstitucionalidade a inquinar o dispositivo legal, desde que o intérprete se disponha a realizar uma interpretação conforme a Lei Maior, de molde a considerar que essa exigência de caução será sempre a exceção, e não a regra, e deverá ser devidamente motivada pelo julgador consoante as peculiaridades do caso concreto.

Diante disso, surgem os pontos nodais desta obra: a nova lei do mandado de segurança, ao possibilitar que o magistrado exija caução para o deferimento de medida liminar, restringiu o acesso do jurisdicionado com poucos recursos financeiros ao Poder Judiciário? E ainda, a exigência de caução pelo juiz para conceder liminar em mandado de segurança pode caracterizar injusta restrição ao direito dos jurisdicionados a uma tutela jurisdicional adequada, vez que, face ao perigo de dano existente no momento da impetração, eventual concessão da segurança somente ao final do processo poderia revelar-se inútil? Para ambas as perguntas, a minha resposta é negativa.

No capítulo 1, realizo pesquisas sobre a possibilidade de exigência de caução sob o enfoque do princípio constitucional de acesso ao Judiciário, trazendo sempre à luz os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

No segundo capítulo, trato da tutela jurisdicional adequada e da exigência de garantia para concessão de liminar, com enfoque nos principais fatores que impossibilitam o Estado de

oferecer jurisdição apta a realizar com plenitude e eficiência o direito material. Faço comparação entre tais fatores e a exigência de caução pelo juiz, de modo a ser possível inferir que esta não viola a Constituição.

No capítulo 3, finalizo o desenvolvimento do trabalho mediante a análise das principais teses contra e a favor da constitucionalidade do artigo 7.º, inciso III, parte final, da Lei n.º 12.016/2009, sempre expressando, ao término de cada debate, o meu entendimento.

Ao final da obra, posiciono-me a favor da constitucionalidade do novel dispositivo, por não vislumbrar ofensa à Constituição, desde que seja interpretado de maneira que tal exigência não se transforme em um terceiro pressuposto — ao lado do *fumus boni juris* e *periculum in mora* — para a concessão de medida liminar, e contanto que o juiz consigne pormenorizadamente as razões que o levaram a exigir a caução. A novidade legislativa encontra-se em consonância com a supremacia do interesse público, e, desde que interpretada com as cautelas já mencionadas, pode, inclusive, se transformar em argumento benéfico ao jurisdicionado, vez que o juiz não deixará mais de conceder a liminar quando vislumbrar o risco de ocorrência de grave dano à Fazenda Pública.

Capítulo 1

A POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO E O PRINCÍPIO DO ACESSO AO JUDICIÁRIO

1.1 O princípio do acesso ao Judiciário

A Constituição de 1988 garantiu aos jurisdicionados o direito fundamental de levar à apreciação do Estado-Juiz qualquer pretensão surgida em razão de lesão a direito subjetivo, não podendo a lei vedar este acesso¹. É o chamado princípio do acesso ao Judiciário, ou da inafastabilidade do controle jurisdicional², que, em outras palavras, garante ao cidadão que toda e qualquer violação a direito subjetivo possa ser submetida à apreciação de um magistrado, que irá julgar o conflito de forma imparcial e adequada. Este princípio relaciona-se intimamente ao exercício do direito de ação.

O mandamento constitucional demonstra relevância ímpar ao proibir o legislador ordinário de restringir, em excesso, o direito do cidadão de pleitear junto ao Poder Judiciário a resolução dos conflitos nos quais se veja envolvido. Constata-se, por esse raciocínio, que o destinatário principal³ desta norma é o legislador, pois que lhe é vedado a edição de normas que dificultem em demasia, ou até mesmo impeçam, o acesso do jurisdicionado aos órgãos do Judiciário⁴.

Conforme explanação de Alexandre Câmara, há uma segunda exegese possível ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo que esta teria como destinatário o juiz. Explica-se: se a Lei Maior garante um direito ao jurisdicionado, a este direito deve corresponder um dever jurídico do Estado, que é o de prestar a jurisdição, ou, em outras palavras, o de “tutelar as posições jurídicas de vantagem que estejam realmente sendo lesadas ou ameaçadas”⁵. Esta tutela não pode ser meramente formal, mas ao contrário, deve ser

¹ Art. 5.º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9.ª ed. rev., ampl. e atual. Com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 171.

³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9.ª ed. rev., ampl. e atual. Com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 170.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 16.ª ed. rev. e at. até a Lei n.º 11.419/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 48.

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 16.ª ed. rev. e at. até a Lei n.º 11.419/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 50.

adequada a assegurar a efetiva aplicação do direito material ao conflito de interesses posto sob análise estatal. A tutela jurisdicional deve ser, portanto, efetiva. Todavia, este assunto será abordado com mais profundidade no capítulo seguinte.

Na feliz lição de Nery Júnior, o princípio do direito de ação significa que “todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito”, estando contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos⁶.

1.2 O artigo 7.º, inciso III, parte final, da lei n.º 12.016

Em sete de agosto de 2009, foi promulgada a Lei n.º 12.016, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Foi fruto do trabalho de comissão criada em 1996, e presidida pelo professor Caio Tácito. A proposta foi relatada por Arnaldo Wald e revisada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Menezes Direito. Também integraram o grupo os professores Ada Pelegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo e Antonio Jamyr Dall'Agnol; o ministro Gilmar Mendes, o constitucionalista Luiz Roberto Barroso, além de Manoel André da Rocha, Roberto Rosas, Ruy Rosado de Aguiar Júnior e o ministro do STJ Herman Benjamin.

Dentre as novidades trazidas pela lei, destaca-se a previsão do artigo 7.º, inciso III, parte final, que faculta ao juiz a possibilidade de exigir caução, fiança ou depósito para deferir a liminar pleiteada pelo impetrado. Segue abaixo a transcrição do dispositivo em estudo:

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

(...)

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

Tão logo foi publicada, surgiram vários ataques à novidade instituída pelo dispositivo acima colacionado, gerando intensos debates na comunidade jurídica, inclusive relacionados à sua constitucionalidade.

Um estudo aprofundado das críticas mais relevantes à parte final do inciso III, do

⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9.ª ed. rev., ampl. e atual. Com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 171.

artigo 7.º, da Lei n.º 12.016/2009, será realizado no terceiro capítulo desta obra, razão pela qual não analisarei detidamente as críticas no presente capítulo.

1.3 O posicionamento de Lucon

Vistas essas breves linhas acerca do acesso ao Judiciário e da promulgação da Lei n.º 12.016/2009, passo ao enfrentamento da questão nodal deste capítulo: a novidade trazida pela nova lei do mandado de segurança, no sentido de facultar ao juiz a exigência de caução para conceder medida liminar pode ser considerada como restrição ao princípio do acesso ao judiciário? A minha resposta é negativa. Todavia, a doutrina se divide ferozmente nesse debate.

Para Paulo Henrique dos Santos Lucon, a exigência de depósito prévio constituir-se-ia em obstáculo ao acesso à justiça, já que somente aqueles dotados de condições financeiras teriam direito à apreciação de seu pedido liminar. Em seu estudo sobre o tema, o autor formula relevantes críticas à novidade trazida pela Lei n.º 12.016/2009, conforme se percebe do texto abaixo transcrito:

Mas não é só: do ponto de vista da atividade econômica, a exigência de depósito prévio em situações de clara existência do direito do impetrante constitui óbice ao desenvolvimento do país, na medida em que retira do mercado recursos que propiciariam a circulação de riqueza.

O mandado de segurança e qualquer outro remédio constitucional não devem se sujeitar a limitações gerais que vedem a análise por parte dos órgãos do Poder Judiciário das particularidades do caso concreto. Isso porque se de um lado a Constituição Federal não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito e os remédios constitucionais (ou mais amplamente, as liberdades públicas), não podem sofrer limitação pelo legislador infraconstitucional; de outro, leis nesse sentido vão na contra mão da história, pois os diplomas legislativos dos países de tradição romano germânica com algum caráter processual deixam clara a tendência de ampliação dos poderes do juiz a partir de um juízo de valor, principalmente fundamentado, a respeito das particularidades do caso concreto.

No caso da nova disciplina do mandado de segurança, a lei não pode limitar o poder do juiz de, por meio de decisão fundamentada, verificar concretamente as condições de se exigir do impetrante ou não o depósito prévio. Retirar do magistrado esse poder, significa compactuar com violações a direitos. Por isso, essa limitação legal poderá ser incidenter tantum reconhecida como inconstitucional pelo magistrado e deferida a liminar sem depósito prévio diante das circunstâncias do caso concreto⁷.

Os argumentos apresentados por Lucon mostram-se bastante pertinentes e relevantes,

⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Aspectos polêmicos da nova lei do mandado de segurança: lei n.º 12.016/09. *Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, p. 125-136, jan./fev. 2010.

contudo, extrai-se do texto acima colacionado que o autor trata o assunto como se a exigência de caução para a concessão da liminar fosse uma imposição da lei, o que não é verdade. A lei foi clara ao estabelecer, no inciso III de seu art. 7.º, que o juiz tem a faculdade de exigir do impetrante caução, fiança ou depósito⁸.

Faculdade, na lição de Houaiss⁹, significa, dentre outros sentidos, a “possibilidade, natural ou adquirida, de fazer qualquer coisa; capacidade”, bem como “licença ou permissão que se dá a alguém (f. para dispor dos bens)”. A questão fica ainda mais clara ao se consultar o verbete *facultativo*, que possui, dentre outros, os seguintes significados: “que dá um direito ou poder”, “que permite a escolha; opcional” e “o contrário de obrigatório”.

1.4 Os autores que defendem a constitucionalidade da norma

Salta aos olhos, portanto, o caráter facultativo da norma em estudo, sendo tal qualidade reconhecida inclusive por doutrinadores do porte de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, para quem o dispositivo legal em questão deve ser interpretado conforme a Constituição, no escopo de lhe assegurar o caráter facultativo da exigência da contracautela para a concessão da medida liminar. Para o renomado autor, essa “interpretação conforme” afastaria, inclusive, a tese de sua inconstitucionalidade alegada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na ADIN 4.296/DF, em trâmite no Supremo Tribunal Federal¹⁰. Segue, abaixo, transcrição das palavras do doutrinador, acerca do caráter facultativo da exigência de caução:

A previsão legal, tal qual feita, não atrita com o “modelo constitucional do mandado de segurança”. Não há como interpretar a exigência da caução como condição para a concessão da liminar. O que o inciso III do art. 7.º 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 esta característica diante do

⁸ Lei n.º 12.016/2009:

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

(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo **facultado** exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica. (sem grifo no original).

⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2.ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 330.

¹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2.ª ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, nota de rodapé 56-A, p. 68.

art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal —, decorre do art. 805 do Código de Processo Civil¹¹. (grifos no original)

Hely Lopes Meirelles, em sua memorável obra sobre o assunto, posicionava-se contrário à exigência de caução por parte dos juízes, para deferir a liminar. O saudoso doutrinador deixou claro que, no seu entendimento, a liminar não seria uma liberalidade da Justiça, mas sim uma medida acauteladora do direito do impetrante, que não poderia ser negada quando ocorressem seus pressupostos¹². Todavia, há que se lembrar que à época em que o texto foi escrito, não havia qualquer previsão legal facultando ao juiz a exigência de caução para conceder a liminar. Ao continuar a leitura do texto, infere-se que o único obstáculo à exigência de caução, para o renomado autor, seria a ausência de previsão legal para tanto. Veja-se:

Em tese, por sua índole constitucional de garantia individual fundamental, o mandado de segurança não comporta restrições que não estejam expressas na lei. Presentes os pressupostos da liminar, o juiz é obrigado a concedê-la, vedada a imposição de caução, como já decidiu inúmeras vezes o Superior Tribunal de Justiça (...).

Situação diferente pode surgir quando há determinação legal na matéria, discutindo-se a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da concessão da liminar ao depósito ou caução. 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. Neste sentido, escrevemos, na atualização da 16.ª edição deste livro, que: “O condicionamento da concessão da liminar à prestação de garantia não nos parece inconstitucional, embora, no passado, tenha havido decisão dos tribunais Superiores dispensando-a. mas é preciso que o juiz tenha um poder discricionário, ao fixar o montante e a forma da garantia, a fim de não inviabilizar a utilização do recurso”.

Concebemos, pois, que se dê na matéria ao juiz uma faculdade que deverá exercer dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade aos quais se refere a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹³.

Carlos Alberto Menezes Direito já esposava, antes da publicação da lei n.º 12.016/2009, entendimento semelhante ao de Hely Lopes Meirelles, tendo afirmado, inclusive, que o deferimento de liminar sob condição de garantia, de contracautela, não lhe parecia ter apoio na Lei especial, acrescentando em seguida que a caução, em mandado de segurança, dependeria sempre da existência de norma legal específica¹⁴.

¹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2.ª ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31.ª ed. at. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 84.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31.ª ed. at. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 84-86.

¹⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 3.ª ed. amp. e at. Rio de Janeiro:

Para Lúcia Valle Figueiredo, seria despautério “obrigar a parte a caucionar para obtenção da medida”, pois que a medida liminar apenas e tão-somente suspenderia a eficácia do ato impugnado. Todavia, a mesma autora defendia a exigência de contracautela em "condições especialíssimas", como, por exemplo, na ocasião em que a Administração corresse sério risco de sofrer considerável lesão, sem possibilidade de ressarcimento posterior. Percebe-se, com isso, que a autora já defendia, ainda que implicitamente, a possibilidade de o magistrado exigir contracautela em situações especiais, quando o risco de lesão grave à Fazenda Pública fosse mais do que uma simples hipótese¹⁵.

O autor Rafael Vêras de Freitas apresenta uma visão distinta sobre o tema, que merece transcrição:

O ordenamento constitucional não autoriza que sejam criadas, pelo legislador ordinário, restrições ao acesso à justiça; trata-se de uma decorrência natural da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, prevista no artigo 5.º, inciso XXXV, da CRFB: "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Em outras palavras, a exigência de garantia processual não pode obstaculizar o direito de ação do Impetrante, sob pena de violação transversa ao princípio do Devido Processo Legal (artigo 5.º, inciso LIV, da CRFB).

Em situação análoga, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que a exigência de caução para a interposição de recurso administrativo viola o direito constitucional da ampla defesa. Veja-se a ementa:

Recurso Administrativo - Depósito - parágrafos 1.º e 2.º do artigo 126 da lei n.º 8.213/1991 - inconstitucionalidade. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.

De outro lado, é evidente que o Erário não pode suportar prejuízos econômicos ao alvedrio do exercício abusivo do Direito de Ação.

Como é sabido, todo direito deve ser exercido dentro dos parâmetros da proporcionalidade, sem exceder, manifestamente, os limites impostos pelo seu fim econômico ou social.

Todavia, não parece que a exigência de caução, fiança ou depósito, do Impetrante, em Mandado de Segurança, seja o instrumento hábil a realizar o controle do exercício abusivo do direito de ação. Vale dizer, a via estreita do mandamus parece não se coadunar com a exigência de garantias processuais ao Impetrante.

Nessas hipóteses, poderá o Magistrado, ao perceber que o Impetrante está agindo em manifesto abuso do direito da ação, ao invés de exigir a garantia, negar, motivadamente, o provimento liminar, ao argumento de que não se encontra presente o *fumus boni iuris*, requisito necessário à concessão da cautela.

Nada obstante, se o Impetrante conseguir obter o provimento liminar, por meio do exercício abusivo do direito da ação, causando prejuízos à fazenda Impetrada, nascerá para Impetrada a pretensão de responsabilização objetiva do Impetrante, com fulcro no artigo 187 do Código Civil, por meio de ação ordinária autônoma:

Renovar, 1999, p. 120.

¹⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de Segurança*. 5.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Por estas razões, não parece cabível a exigência dessa contracautela ao Impetrante, haja vista que a Fazenda Pública possui outros mecanismos processuais idôneos para se ressarcir de eventuais prejuízos decorrentes do provimento jurisdicional liminar, em que for manifesto o exercício abusivo do direito de ação¹⁶.

Para Pedro Roberto Decomain, a eventual exigência de caução por parte do magistrado não ofende o acesso ao judiciário, visto que “este acesso deve ser encarado como voltado à busca do provimento definitivo”. Ressalta o autor que o acesso ao judiciário não compreende, sempre, acesso a providências antecipatórias¹⁷.

Sobre o assunto, revela-se interessante atentar para a lição de Carlos Fonseca Monnerat e Marcos Neves Veríssimo¹⁸, para quem o novel dispositivo legal não apresenta vício de inconstitucionalidade, desde que o juiz atente, ao decidir sobre a exigência de caução, para as condições econômicas do impetrante, sob pena de violar seu direito de acesso à justiça. Os autores defendem que as hipóteses de risco de ocorrência de prejuízo à Fazenda Pública deverão ser tratadas como excepcionais, e não como regra, e, além disso, o juiz deverá, ao decidir pela exigência da contracautela, levar em consideração a capacidade econômica do impetrante. Segue abaixo transcrição de interessante parte do estudo realizado pelos autores:

Sobre esta novidade, neste primeiro momento insurge-se a doutrina aduzindo sua inconstitucionalidade, posição abraçada pela OAB Federal que ajuizou ação direta de inconstitucionalidade visando expurgá-la da norma, entendendo haver violação à isonomia e à inafastabilidade da jurisdição.

Parece, entretanto, que os requisitos autorizadores da medida liminar não sofreram alteração. Esta continua devendo ser deferida sempre que presentes seus dois únicos requisitos. O que se tem agora é a possibilidade do magistrado, quando da análise do caso concreto, impor a prestação de garantia ao impetrante.

O que se tem, em verdade, é o chamado *periculum in mora inverso*, ou seja, caso o juiz constate que a concessão de liminar pode causar dano irreparável para a Fazenda Pública, pode ele exigir a prestação de garantia resguardando-a para eventual caso de revogação da medida liminar.

Como meio de salvaguarda da norma, visando evitar que seja extirpada do ordenamento, nos parece que a melhor interpretação a ser dada é aquela que compatibiliza o texto legal com a Constituição Federal, respeitando-a.

Esta posição merece ser acolhida por nossos Tribunais. A caução passa a ser

¹⁶ FREITAS, Rafael Vêras de. Aspectos de direito público na nova lei de mandado de segurança. *Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, p. 137-160, jan./fev. 2010, p. 152-154.

¹⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09*. 1.^a ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 287.

¹⁸ MONNERAT, Carlos Fonseca; VERÍSSIMO, Marcos Neves. Primeiras impressões sobre o novo mandado de segurança - lei 12.016/2009. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 182, p. 215-233, abril. 2010.

exigível, nos termos da lei, todavia não pode ser imposta àquele que comprovadamente não possui condições de satisfazê-la já que neste caso estaria sendo violado seu acesso à jurisdição.

Com razoabilidade conclui-se que a medida liminar deve ser deferida quando presentes seus dois únicos requisitos legais, a relevância da fundamentação e possibilidade de ineficácia da medida em razão da não concessão imediata de medida de urgência.

Já em casos excepcionais, presente o risco de dano à pessoa jurídica impetrada, é facultado ao juízo impor a prestação de caução, sendo que o termo "faculdade" confere discricionariedade ao magistrado que deve impor a caução sempre que o impetrante detiver possibilidade de pagamento sob pena de afronta a seu direito de ação¹⁹.

A defesa, por parte da doutrina, da possibilidade de o juiz exigir contracautela para conceder/executar medidas liminares em mandados de segurança, não é recente. Nã já distante década de 1970, Celso Agrícola Barbi defendia tal expediente, que seria, em sua visão, uma maneira mais elaborada de pôr termo ao que ele chamava de abusos na concessão excessiva de medidas liminares por partes dos juízes, do que a proibição legal, pura e simples, de concessão de liminares para determinados casos concretos. Na visão do notável processualista, a solução seria a utilização da centenária experiência mexicana, com as devidas adaptações à prática forense brasileira. Deste modo, quando a execução da medida liminar pudesse causar prejuízo ao Poder Público ou a terceiro interessado, beneficiário do ato impugnado, bastaria que fosse exigida a prestação de caução idônea, na forma, por exemplo, da hipótese prevista no art. 588, item II, do Código de Processo Civil, que trata das ocasiões de levantamento de dinheiro nas execuções provisórias de sentença²⁰. Devido à riqueza das informações, passa-se, abaixo, a transcrever parte das preciosas linhas do autor sobre o assunto:

Para resguardo dos litigantes, no direito mexicano, a medida liminar pode ser concedida simplesmente, mas só pode ser executada após a prestação de caução, nos casos em que eventualmente possa ocorrer prejuízo para o interessado.

Nosso atual Código de Processo Civil, no art. 804, contém princípio que deve ser utilmente aplicado para solucionar o assunto. Prevê ele, em certos casos de concessão de medida cautelar sem audiência da parte contrária, que o juiz pode determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer²¹.

¹⁹ MONNERAT, Carlos Fonseca; VERÍSSIMO, Marcos Neves. Primeiras impressões sobre o novo mandado de segurança - lei 12.016/2009. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 182, p. 215-233, abril. 2010, p. 223.

²⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 3.^a ed. rev. aumentada e atual. de acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 204-205.

²¹ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 3.^a ed. rev. aumentada e atual. de acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 204-205.

1.5 O posicionamento dos tribunais

Visto o debate no âmbito da doutrina, há que se analisá-lo, doravante, na visão dos tribunais.

No Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência tradicionalmente firmada sempre foi no sentido de que não era possível exigir-se caução para a concessão de medida liminar em mandado de segurança. Há que se ressaltar, entretanto, que esse entendimento se firmou antes do advento da Lei n.º 12.016/2009. Carlos Alberto Menezes Direito, em sua prolapada obra sobre o *writ*, trouxe como exemplo um voto do relator Min. Gomes de Barros, que afirmou não ser "lícito - salvo em casos expressamente previstos em lei - subordinar a eficácia da medida liminar em Mandado de Segurança, à prestação de caução"²². Segue, abaixo, acórdão da Segunda Turma da Corte Federal, a exemplificar o que foi afirmado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DE SÚMULAS DO STF E STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO. ILEGALIDADE.

1. Consoante entendimento jurisprudencial pacífico desta Corte, com o qual o acórdão recorrido se harmoniza, é inadmissível a exigência de depósito ou caução para o deferimento de liminar em mandado de segurança. Incidência da Súmula 83/STJ. (STJ, RESP 272485/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ de 22.09.2003)

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema em duas ocasiões.

A primeira foi no julgamento da ADIN n.º 975/DF, quando foi analisada a constitucionalidade do art. 5.º da Medida Provisória n. 375, de 23.11.93, que rezava que a decisão concessiva de medida liminar ou cautelar devia "estabelecer, quando necessário, como condição de eficácia da concessão, a prestação de garantia acauteladora do interesse exposto a risco".

Na ocasião, o Tribunal, por maioria, rejeitou a argüição de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal. Segue o respectivo acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEDIDAS CAUTELARES E LIMINARES: SUSPENSÃO. Medida Provisória n.º 375, de 23.11.93. I. - Suspensão dos efeitos e da eficácia da Medida Provisória n.º 375, de 23.11.93, que, a pretexto de regular a concessão de medidas cautelares inominadas (CPC, art. 798) e de liminares em mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II) e em ações civis públicas (Lei 7.347/85, art. 12), acaba por vedar a concessão de tais medidas, além de obstruir o

²² DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 3.ª ed. amp. e at. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 118.

serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo. II - Cautelar deferida, integralmente, pelo Relator. III - Cautelar deferida, em parte, pelo Plenário. (STF, ADI 975-3/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, J. em 09.13.93, pub. DJU 20.6.1997, p. 28.467)

A segunda oportunidade ocorreu com a publicação da Medida Provisória n. 1.570, de 26.3.97, que no seu art. 2.º acrescentou ao art. 1.º da Lei n. 8.437, de 30.6.1992, um § 4.º, com a seguinte redação: “sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória”. Em razão da ADIN 1.576, o Supremo se viu na necessidade de novamente apreciar o tema. Na ocasião, o Pretório Excelso considerou inconstitucional o mencionado artigo, pela escassa maioria de seis votos contra cinco, tendo sido vencidos os ministros Marco Aurélio, Néelson Jobim, Octávio Galloti, Sydney Sanches e Moreira Alves²³.

A maioria entendeu que o dispositivo em questão inviabilizaria ou, ao menos, dificultaria o amplo acesso à Justiça. A se comparar os textos da MP n.º 375 (julgado constitucional) e da MP n.º 1.570 (considerado inconstitucional por liminar), percebe-se que a grande diferença entre eles consistia na retirada, pelo segundo, da liberdade de apreciação do juiz quanto à necessidade e forma de caução a ser prestada. Em outras palavras, o texto da MP n.º 375 concedia ao juiz a faculdade de exigir a caução quando assim achasse necessário, enquanto que o texto da MP n.º 1.570 instituía ao magistrado o dever de determinar a prestação de garantia, sem que fossem levadas em conta as características do caso em *sub judice*.

1.6 O novo dispositivo legal não viola o acesso ao Judiciário

Visto o posicionamento tradicional dos tribunais, e diante dos argumentos apresentados por ambas as correntes doutrinárias acima estudadas, filio-me, com a devida vênia, aos que defendem que a faculdade trazida pela nova lei do mandado de segurança não viola o princípio do acesso ao judiciário. Os motivos seguem abaixo.

Relembrando o magistério do eminente Desembargador do TJRJ e brilhante doutrinador Alexandre Câmara, para quem o poder de ação não se limita ao poder de dar início ao processo, mas, ao contrário, revela-se “ao longo de todo o processo, sendo exercido

²³ Informativo STF n.º 67.

toda vez que é exercida alguma posição jurídica ativa no processo”, e que, em razão disso, “também o demandado exerce poder de ação, na medida em que exerce, ao longo do processo, uma série de posições ativas, como produzir provas e recorrer”, tenho que a possibilidade de se condicionar a concessão de medida liminar à garantia do juízo não fere, ainda que de maneira reflexa, o princípio do acesso ao Judiciário e nem viola o direito de ação do impetrante.

A uma porque o acesso ao Judiciário já foi garantido ao autor, que impetrou a petição inicial e requereu a concessão de medida liminar. Se o juiz já decidiu (e o ato de condicionar o deferimento da medida cautelar pleiteada à prestação de caução é uma decisão interlocutória do juiz), é porque já existe processo, e o direito de ação já foi, ainda que inicialmente, exercido.

A duas porque o princípio em enfoque relaciona-se à faculdade do cidadão que teve (ou entende dessa forma) algum direito subjetivo seu violado poder levar a sua pretensão a juízo, para que seja julgada pelo Judiciário.

Não se pode olvidar que, conforme jurisprudência pacífica do Pretório Excelso, não há direitos ou princípios absolutos²⁴. O princípio da convivência das liberdades públicas estabelece exatamente isso: quando, no julgamento do caso concreto, dois princípios aparentemente se colidirem, o intérprete deverá reduzir o alcance de um deles, de maneira que o outro preponderará naquela situação específica. Isso não significa que em outra situação, o princípio que ora teve o seu alcance reduzido não poderá prevalecer sobre outro.

De todo modo, concordo com a lição de Vilian Bollman, para quem a idéia de acesso à justiça não pode ser deturpada para criar uma porta de entrada para o abuso no direito de ação, pela utilização de lide para demandas temerárias, contra enunciados de súmulas ou manifestamente improcedentes, prejudicando a tramitação dos feitos das parcelas mais carentes da população²⁵.

²⁴ "Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros" (STF - MS 23452-1/RJ - Rel. Min. Celso de Mello - Pleno - RTJ 173/805-810).

²⁵ BOLLMANN, Vilian. Mais do mesmo: reflexões sobre as reformas processuais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano

O interesse público deve sempre prevalecer sobre o privado. Desta forma, sempre que o julgador vislumbrar a possibilidade de ocorrência de grave dano à Fazenda Pública, poderá exigir contracautela para conceder a medida liminar, sem que tal atitude possa ser tida por inconstitucional, conforme reza a melhor doutrina sobre o assunto.

Capítulo 2

A EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO E A PRESTAÇÃO DE TUTELA JURISDICCIONAL ADEQUADA

A Constituição Federal, conforme visto no capítulo anterior, garante a todos o acesso à Justiça, no intuito de que possam defender judicialmente seus interesses em tese violados ou na iminência de o serem. Este princípio tem dois destinatários: o legislador, que é o seu destinatário principal, e o magistrado²⁶. É exatamente nessa acepção relativa ao magistrado que o princípio do acesso ao Judiciário assume seu lado mais relevante.

A explicação é a seguinte: em contrapartida ao direito (de acesso ao Judiciário) garantido pela Lei Maior, há um correspondente dever jurídico, qual seja, o “dever do Estado de tutelar as posições jurídicas de vantagem que estejam realmente sendo lesadas ou ameaçadas”²⁷. Não basta mera previsão formal para esta tutela. O Estado deve garantir que a tutela jurisdiccional devida seja prestada de maneira eficaz e adequada, no intuito de diminuir os conflitos surgidos no seio da sociedade e, com isso, atingir uma das finalidades da Jurisdição, que é a pacificação social. O direito material que está sendo ameaçado deve ser efetivamente protegido.

2.1 A evolução do pensamento sobre o acesso à justiça

O raciocínio exposto no parágrafo acima é fruto da evolução do direito processual civil. Com o passar do tempo, percebeu-se que o conceito conservador de acesso à justiça

²⁶ O Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, corroborou o pensamento acima esposado, conforme se extrai do aresto abaixo transcrito:

“Asseverando a necessidade de se conciliar o direito à “razoável duração do processo” (CF, art. 5º, LXXXVIII), em tema de impetração de habeas corpus, com o dever estatal de não-negação de justiça (CF, art. 5º, XXXV), afirmou-se que a tramitação de processo que se instaura por ajuizamento de um habeas corpus tem primazia sobre o andamento de qualquer outra ação, ainda que esta também tenha expressa nominação constitucional, porquanto aquele visa proteger a liberdade de locomoção. Desse modo, de nada valeria declarar o direito à razoável duração do processo, se a ele não correspondesse o dever estatal de julgar, dever que se transmuta em garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário, garantia individual a se operacionalizar pela imposição de dupla e imbricada interdição: a) ao Poder Legislativo, no sentido de não poder afastar da apreciação judiciária todo tipo de lesão ou ameaça a direito e b) aos próprios órgãos do Poder Judiciário, na acepção de que nenhum deles pode optar pelo não-exercício do poder de decidir sobre tais reclamos de lesão ou ameaça a direito, haja vista a obrigação de solver ou liquidar as matérias formalmente submetidas à sua apreciação. HC 91041/PE, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ o acórdão Min. Carlos Britto, 5.6.2007”. Informativo STF n.º 470.

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 16.ª ed. rev. e at. até a Lei n.º 11.419/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 50.

significava tão-somente a “possibilidade legal de demandar e de se defender em juízo, bem como de obter uma sentença e dela recorrer”²⁸, ou ainda, na lição dos professores Mauro Cappeletti e Bryant Garth, o “direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”²⁹.

Essa mera previsão legal de instrumentos processuais não se revelava suficiente para garantir, na prática, o acesso à justiça, pois que considerável parcela da população permanecia sem verdadeiro acesso ao Judiciário, seja por falta de recursos ou informações, seja por exclusão social. Diante de tal constatação, ganhou corpo movimento reformista que passou a propor e efetivar mudanças na legislação e na própria mentalidade processual. Rodrigo Goldschmidt faz um interessante arrolamento das propostas oferecidas, conforme se vê:

Várias mudanças foram propostas com o fito de tentar aproximar o judiciário do povo, podendo-se citar as seguintes: a) diminuição ou supressão de custas, b) concepção de instrumentos para a defesa de direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos, c) criação dos juizados especiais (informado pelos princípios da gratuidade, da oralidade, da simplicidade, da concentração, do *ius postulandi*, da equidade nas decisões), d) promoção das formas alternativas de solução dos conflitos (mediação, conciliação, arbitragem, comissões de conciliação prévia)³⁰.

2.2 As três ondas de Carreira Alvim

Nesse sentido, não há como deixar de registrar a lição de Carreira Alvim³¹, que identificou três ondas na evolução do acesso à justiça.

A primeira onda, denominada “assistência judiciária para os pobres”, resultou nas reformas levadas a efeito na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha, onde a assistência judiciária foi estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadravam nos termos da lei, sendo certo que os advogados particulares eram pagos pelo Estado. Afirma o autor que tais medidas têm contribuído “para melhorar os sistemas de assistência judiciária, fazendo ceder as barreiras de acesso à Justiça”.

²⁸ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O acesso à justiça, a afirmação da dignidade humana e o exercício da cidadania. *Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 32, n. 99, p. 235, setembro. 2005.

²⁹ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 9.

³⁰ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O acesso à justiça, a afirmação da dignidade humana e o exercício da cidadania. *Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 32, n. 99, p. 236, setembro. 2005.

³¹ ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. *Direito Federal – Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, Niterói, ano 21, n. 73, p. 167-183, jan./jun. 2003.

A segunda onda é denominada de “representação dos interesses difusos”. Esta onda representou a quebra do antigo paradigma do processo civil tradicional, que sempre foi visto e pensado como campo de disputa entre particulares, que duelavam em busca da realização de seus direitos individuais. Conceitos básicos do processo civil tiveram de ser revistos, como a citação, o direito de defesa e a coisa julgada, sendo certo que chegou-se à conclusão que havia a necessidade de se estabelecer um representante para todas as pessoas interessadas — ainda que em tese — na demanda, mesmo que estas não tivessem condições de comparecer a juízo e participar individualmente do processo.

A terceira onda, chamada de “acesso à representação em juízo, a uma concepção mais ampla de acesso à Justiça, e um novo enfoque de acesso à Justiça”, tem a ver com efetiva alteração dos procedimentos estabelecidos, no intuito de se modernizar a composição de litígios. Inclui o fortalecimento da arbitragem, no intuito de se atribuir a pessoas com conhecimentos técnicos o poder de decidir lides relacionadas às suas áreas de conhecimento; a simplificação do procedimento para as demandas mais simples; a estadualização dos procedimentos, tendo em vista as peculiaridades próprias de cada Estado e região; e o enxugamento dos recursos disponíveis, lembrando que o princípio do duplo grau de jurisdição não possui índole constitucional. Outras medidas a serem adotadas seriam acabar com as turmas recursais dos juizados especiais, estabelecendo a instância única para as suas decisões, e tornar oficial a atuação, no procedimento judicial, de pessoas leigas, em auxílio aos magistrados, não somente na mera movimentação do processo (juntada, vista etc.), mas também e principalmente na instrução, repensando-se princípios como o da identidade física, que exige a presença física do julgador na presidência das audiências. Em relação a tal assunto, Carreira Alvim defende que esses auxiliares leigos, ou “servidores instrutores”, poderiam tomar os depoimentos das partes e das testemunhas, facultando ao juiz a possibilidade de reinquiri-las, se assim entendesse necessário.

Para o autor, as primeira e segunda ondas já chegaram ao Brasil de forma satisfatória. Todavia, a terceira onda, que de todas mostra-se como a mais relevante e que oferece as melhores condições de superar os obstáculos a uma justiça rápida e eficaz, ainda não foi efetivada no Brasil, mormente em razão do costume brasileiro de supervalorizar os recursos.

Finalizando o artigo, Carreira Alvim tece linhas magistrais sobre o grande problema do Judiciário: o número excessivo de processos. Veja-se:

Como disse, o problema do acesso à Justiça não é uma questão de “entrada”, pois,

pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo Poder Público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é de "saída", pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas "portas de emergência", representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida³².

Percebe-se, de forma clara, a necessidade e relevância de se prestar uma tutela jurisdicional efetiva e adequada, não bastando, portanto, a mera garantia formal do acesso ao Judiciário, mormente nos dias hodiernos, em razão das novas funções assumidas pelo Estado, em especial o dever de proteção³³.

2.3 O conceito de tutela jurisdicional adequada e a lição de Grinover, Cintra e Dinamarco

Pois bem, vista essa evolução da doutrina processualista em relação ao sentido do “acesso à justiça”, e sem perder de vista que o princípio da tutela jurisdicional adequada é corolário do princípio do acesso à Justiça³⁴, pode-se conceituar a tutela jurisdicional adequada como aquela capaz de reparar ou evitar de maneira efetiva a lesão ou ameaça ao direito do cidadão³⁵.

A respeito do tema, Grinover, Cintra e Dinamarco lecionam que a expressão “acesso à justiça” significa “acesso à ordem jurídica justa”, sendo certo que aquele não se efetiva com a simples possibilidade facultada a todos de ingressarem em juízo, pois que significa muito mais, significa que além da possibilidade de ingresso em juízo — que, aliás, deve ser ampliada ao máximo número possível de pessoas—, o Estado deve garantir a observância das regras postas para o andamento processual e a possibilidade da pessoa se manifestar no processo, no intuito de influir no convencimento do julgador. Deve o Estado garantir, ainda, que a decisão proferida no processo seja justa, ou seja, aproxime-se o mais possível do ideal

³² ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. *Direito Federal – Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, Niterói, ano 21, n. 73, p. 182-183, jan./jun. 2003.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5.ª ed. rev. e at. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 223.

³⁴ Conforme lição de Alexandre Câmara: “O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois, tem como corolário o direito, por ele assegurado, à tutela jurisdicional adequada, devendo ser considerada inconstitucional qualquer norma que impeça o Judiciário de tutelar de forma efetiva os direitos lesados ou ameaçados que a ele são levados em busca de proteção.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 16.ª ed. rev. e at. até a Lei n.º 11.419/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 51)

³⁵ STJ. Resp 200702787261. Min. Nancy Andrighi. DJE data: 03/03/2010. Decisão: 02/02/2010.

de justiça que todos temos, para que com isso a função pacificadora do processo seja atingida, e as partes se contentem com a decisão proferida. Em outras palavras, defendem os doutrinadores que além da garantia do acesso à justiça, os cidadãos têm direito à prestação de uma tutela jurisdicional efetiva³⁶.

Os autores elencam, também, os principais obstáculos para se atingir a efetividade almejada na prestação jurisdicional. Antes de transcrevê-los, não posso deixar de chamar a atenção para o fato de que nenhum deles se relaciona com eventual exigência de caução para a concessão de medida liminar. Conclui-se, então, que o Estado pode perfeitamente prestar uma tutela jurisdicional efetiva e adequada, sem que, para isso, tenha de abrir mão de exigir do jurisdicionado garantias quando a liminar pretendida for apta a causar lesão aos cofres públicos. Segue, portanto, transcrição de texto no qual os autores indicam os óbices que “a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar” a efetividade do processo:

a) a admissão ao processo (ingresso em juízo). É preciso eliminar as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada. A oferta constitucional de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5.º, inc. LXXIV) há de ser cumprida, seja quanto ao juízo civil como ao criminal, de modo que ninguém fique privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz, por falta de recursos. A justiça não deve ser tão cara que o seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos. É preciso também eliminar o óbice jurídico representado pelo impedimento de litigar para a defesa de interesses supra-individuais (difusos e coletivos); a regra individualista segundo a qual cada qual só pode litigar para a defesa de seus próprios direitos (CPC, art. 6.º) está sendo abalada pela Lei da Ação Civil Pública (lei n. 7.347, de 24,7,85), que permite ao Ministério Público e às associações pleitear judicialmente em prol de interesses coletivos ou difusos, assim como, v.g., pela garantia constitucional do mandado de segurança coletivo, que autoriza partidos políticos e entidades associativas a defender os direitos homogêneos de toda uma categoria, mediante uma só iniciativa em juízo (...);

b) o modo-de-ser do processo. No desenrolar de todo processo (civil, penal, trabalhista) é preciso que a ordem legal de seus atos seja observada (devido processo legal), que as partes tenham oportunidade de participar de um diálogo com o juiz (contraditório), que este seja adequadamente participativo na busca de elementos para sua própria instrução. O juiz não deve ser mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual;

c) a justiça das decisões. O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo. Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte. Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador seja em sentido contrário (a mens legis nem sempre corresponde à mens legislatoris); deve “pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça” e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol da justiça é que deve conformar-se;

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14.ª ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 33-34.

d) a utilidade das decisões. Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.

O uso adequado de medidas cautelares (...) constitui poderoso instrumento capaz de assegurar os bons resultados das decisões e medidas definitivas que virão³⁷.

Este último parágrafo é bastante relevante para o atual estudo. Veja que os autores não condicionaram a sempre concessão de medidas cautelares à efetividade do processo. A expressão uso adequado não significa que o juiz terá sempre e sempre de conceder a medida cautelar pleiteada pelo impetrante, mas, ao contrário, deverá o magistrado estar atento para a existência, no caso concreto, dos pressupostos para a concessão da medida cautelar pretendida (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), além, é claro, de eventuais outros requisitos estipulados pela lei (como, p. ex., a prestação de caução, como é o caso do presente estudo).

2.4 O posicionamento de Decomain

Este também é o ensinamento de Pedro Roberto Decomain, que afirma categoricamente que a exigência de caução não ofende a Constituição, principalmente pelo fato de a liminar ter caráter provisório. Em seu entendimento, existe a necessidade de se acautelar “o eventual direito da fazenda pública e, quiçá, do terceiro que lhe seja litisconsorte passivo necessário no mandado de segurança”³⁸ contra os prejuízos que possam lhes advir em razão da concessão de medida liminar, se, a final, o mérito vier a ser julgado contrariamente à postulação do impetrante, ou ainda, se o processo for extinto sem resolução do mérito.

O festejado autor faz interessante paralelo entre o *fumus boni iuris* e a exigência de caução, na medida em que quanto maior for a plausibilidade do direito alegado pelo impetrante, maiores serão as chances dele sair vitorioso na contenda judicial e, com isso, menor será a necessidade de se exigir caução para a liminar. Ainda segundo a lição de Decomain, o julgador deve avaliar, no momento em que decidir pela concessão de liminar, se o risco que a Administração possa vir a suportar é relevante. Caso a resposta seja positiva, então pode o juiz exigir caução para conceder a liminar. Porém se o risco for ínfimo, não

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14.^a ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 34-35.

³⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09*. 1.^a ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 284.

haveria razão para a exigência de contracautela. Percebe-se, portanto, que deve o magistrado fazer uma ponderação entre a plausibilidade do fundamento invocado pelo impetrante e o eventual risco a ser suportado pela Administração, para decidir se exige caução ou não³⁹.

2.5 A exigência de caução não viola o princípio da tutela jurisdicional adequada

Vistos todos os raciocínios acima expostos, não há como aceitar a afirmação de que a eventual exigência de caução, por parte do juiz, acarreta restrição ao princípio da tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Todos têm direito ao acesso à justiça, e, além disso, a uma prestação jurisdicional adequada e eficiente de molde a garantir a quem de direito a proteção à sua posição jurídica de vantagem que por algum motivo encontra-se ameaçada. Nesse sentido, é inegável a importância das medidas de urgência para se assegurar a efetividade da decisão final do processo. Todavia, situações há em que a execução da tutela de urgência pode trazer risco relevante de grave dano à Fazenda Pública, que, em última análise — e disso não se deve olvidar nunca —, é custeada pelas contribuições de toda a sociedade. Nessas ocasiões — e somente nessas! — é que o juiz poderá exigir que o impetrante preste caução para que o seu pedido de liminar seja aceito. É claro que a caução deverá ser imposta tendo em vista a capacidade econômica da parte solicitante. Todavia, o só fato de o magistrado exigir caução não traz qualquer implicação restritiva à prestação de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. Caso, ao término da disputa judicial, reste comprovado que o impetrante tinha razão, ele poderá levantar a caução ao final do processo, não experimentando, assim, qualquer prejuízo. Além disso, ele já estará amparado pelos efeitos da liminar desde o deferimento desta pelo juiz. Todavia, caso a decisão final seja contrária aos interesses do impetrante, a Fazenda Pública não estará desguarnecida, pois que a caução poderá ser levantada, em seu favor, para cobrir eventuais danos sofridos.

Candido Dinamarco, em festejada obra, elenca os temas fundamentais do processo civil moderno, merecedores de atenção dos estudiosos para que o processo possa ser exercido com a plenitude que o aspecto positivo de sua instrumentalidade merece, quando visto sob a efetividade do processo, que, no caso, tem tudo a ver com o presente estudo da tutela

³⁹ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09*. 1.^a ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 285-286.

jurisdicional adequada⁴⁰. O importante é perceber que o renomado autor em nenhum momento elenca a exigência de caução para a concessão de medida liminar como óbice à efetividade do processo e de sua instrumentalidade. Chega-se à conclusão, portanto, que o ato judicial de condicionar a concessão da liminar à prestação de caução não importa restrição injusta ao dever do Estado de prestar a jurisdição de maneira efetiva e adequada.

Além disso, é de se consignar que a exigência de caução, conforme o prudente juízo do magistrado pode ser vista, inclusive, como um benefício ao impetrante, visto que não são raras as vezes em que o julgador deixa de conceder a medida liminar por receio de que a providência pleiteada em caráter de urgência venha a se tornar irreversível. Com a prestação da caução, este receio esvair-se-á, pois que eventual prejuízo imotivado sofrido pelo Estado com a execução da medida liminar poderá ser reparado — ou ao menos minimizado — com a caução prestada pelo impetrante⁴¹.

Desta feita, conluo o capítulo com a convicção de que não há qualquer violação ao princípio da tutela jurisdicional adequada na eventual ocorrência de ato judicial a exigir a prestação de caução para conceder medida liminar.

⁴⁰ Os temas fundamentais seriam: a) a legitimidade ativa *ad causam*; b) a assistência jurídico-judiciária; c) os meios alternativos para a solução de conflitos; d) a simplificação processual; e) o juiz participativo, em diálogo com as partes; f) o direito à prova; g) a atuação do juiz sobre os textos legais, amoldando-os às necessidades da justiça, segundo os valores reconhecidos; h) os poderes do juiz, endereçados à efetiva realização dos efeitos dos julgados; i) a propagação da tutela coletiva e abrangente, mais a extensão da eficácia destes. (Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. 13.^a ed, rev. e at., p. 363)

⁴¹ Comunga deste entendimento: COSTA, Henrique Araújo. Nova lei do mandado de segurança no STF: OAB x Lula. *Arcos*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/blogs/blog-dos-editores/opiniaio/13-de-agosto-nova-lei-do-mandado-de-seguranca-no-stf-oab-x-lula/>>. Acesso em 10 set. 2009.

Capítulo 3

CRÍTICAS À POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO

Diante do estudo realizado nos capítulos anteriores sobre a constitucionalidade da faculdade de exigência de caução em face do princípio do acesso à justiça, e da exigência de caução sob a ótica do princípio da tutela jurisdicional adequada, passo a analisar, doravante, os principais ataques formulados ao novo dispositivo legal.

3.1 Primeira crítica

A primeira crítica a ser analisada é de autoria de Paulo Henrique dos Santos Lucon, sendo a que se segue:

A exigência de depósito prévio constitui obstáculo ao acesso à justiça, já que somente aqueles dotados de condições financeiras terão direito à apreciação de seu pedido liminar⁴².

Sem olvidar que a norma instituiu uma faculdade ao julgador, e não um dever, não há como acatar o presente argumento, vez que ele parte das premissas de que o juiz irá sempre exigir caução para conceder a liminar pleiteada, e ainda, de que ele não terá a sensibilidade para, se for o caso, instituir caução de acordo com as possibilidades econômicas do impetrante.

Conforme exposto no primeiro capítulo, e em consonância com a lição de Cássio Scarpinella Bueno, não há como aceitar a constitucionalidade do dispositivo em enfoque sem interpretá-lo conforme a Constituição, no sentido de que o juiz deverá atentar para a capacidade econômica do réu⁴³ ao decidir pela exigibilidade de caução, pois que de outro modo, estar-se-ia deixando de prestar a tutela jurisdicional adequada, eis que a decisão final do processo estaria correndo sério risco de tornar-se inefetiva. Além disso, a exigência de caução deverá ser sempre uma situação excepcional, e nunca a regra!

Há que se recordar também, que conforme restou esclarecido nos capítulos

⁴² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Aspectos polêmicos da nova lei do mandado de segurança: lei n.º 12.016/09. *Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, p. 125-136, jan./fev. 2010.

⁴³ Conforme lição de MONNERAT, Carlos Fonseca; VERÍSSIMO, Marcos Neves. Primeiras impressões sobre o novo mandado de segurança - lei 12.016/2009. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 182, p. 215-233, abril. 2010.

anteriores, a *mens legis* não é a de criar obstáculos para a concessão de tutelas de urgência, principalmente para as camadas menos favorecidas da população. A finalidade é a de evitar pedidos e concessões abusivas de liminares, além de reparar eventuais prejuízos que o Estado venha a sofrer com a execução da medida, nos casos em que a segurança seja, ao final, denegada. Há que se lembrar que quando se evita que o Estado sofra algum revés injusto, está se impedindo, em última análise, que toda a sociedade sofra um mal injusto, na medida em que o Estado é custeado pela coletividade. Seria irrazoável, portanto, que toda a coletividade tivesse de arcar com revés causado injustamente pela execução de medida liminar que posteriormente veio a ser revogada por não ter o impetrante direito à segurança pleiteada. Ora, eventuais prejuízos causados pela execução da medida liminar devem ser reparados pela parte que lhes der causa, e o melhor instrumento a se garantir essa reparação é a exigência de caução prévia para a concessão da medida. O que se evita, com isso, é que o Estado — e a coletividade, em última análise — sofra revés em razão de tutela provisória que posteriormente venha a se revelar descabida.

Desta forma, não procede a afirmação supra.

3.2 Segunda crítica

Esta crítica foi levantada por Rafael Vêras de Freitas e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em ação direta de inconstitucionalidade protocolizada no Supremo Tribunal Federal no segundo semestre de 2009⁴⁴. Abaixo, segue a transcrição:

O ordenamento constitucional não autoriza que sejam criadas, pelo legislador ordinário, restrições ao acesso à justiça; trata-se de uma decorrência natural da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, prevista no artigo 5.º, inciso XXXV, da CRFB: "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"⁴⁵.

Conforme visto no primeiro capítulo, a só possibilidade de exigência de caução para conceder a liminar pleiteada não significa, por si só, que o princípio constitucional do acesso ao Judiciário tenha sido violado, eis que o acesso à jurisdição já foi efetivamente garantido ao cidadão, o qual impetrou a petição inicial e requereu a concessão de medida liminar. Se o juiz já foi chamado para decidir alguma questão (e o ato de condicionar o deferimento da medida

⁴⁴ Ação direta de inconstitucionalidade – ADIN n.º 4.296.

⁴⁵ FREITAS, Rafael Vêras de. Aspectos de direito público na nova lei de mandado de segurança. *Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, p. 137-160, jan./fev. 2010.

cautelar pleiteada à prestação de caução é uma decisão interlocutória), é porque já existe processo, e o direito de ação já foi, ainda que inicialmente, deflagrado.

Não se pode olvidar que o princípio em foco relaciona-se à faculdade de o jurisdicionado poder levar sua pretensão à apreciação do Judiciário. Há destarte, estreita ligação com o direito de ação.

Além disso, em que pese possuir o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário envergadura constitucional, não há, em nosso sistema, princípios ou direitos absolutos, nos exatos termos do princípio da convivência das liberdades públicas ou relatividade, amplamente consagrado no Supremo Tribunal Federal. Desta feita, os direitos e princípios consagrados na Carta da República podem perfeitamente sofrer restrições em nome de outros princípios e/ou direitos, mediante ponderação realizada na hipótese concreta. Na precisa lição do Prof. Teori Albino Zavascki⁴⁶, para que uma restrição a um direito garantido pela Constituição seja aceita, deve-se verificar se esta restrição mostra-se justificável. Em assim sendo, não há óbice a se restringir determinado direito ou princípio em benefício de outro, que no caso em questão mereça preponderância. No presente caso, a lei quer evitar o uso indiscriminado de liminares em mandados de segurança, e eventual revés a ser sofrido pela Fazenda Pública em medida liminar expedida em processo no qual a segurança venha a ser denegada. Há que se lembrar que grande parte das medidas liminares concedidas pelos magistrados em mandados de segurança são expedidos em caráter *inaudita altera pars*, ou seja, sem audiência de justificação prévia, que seria a oportunidade de o representante da Administração expor os motivos da conduta estatal atacada pelo impetrante. Este já seria motivo por si só suficiente a justificar a possibilidade de o juiz exigir a caução para a concessão de medida liminar. Vê-se, portanto, que eventual restrição ao princípio da inafastabilidade da jurisdição está devidamente justificada pelo interesse público, ou, em outras palavras, pela necessidade de se evitar a ocorrência de eventuais danos que venham a ser injustamente suportados pela Fazenda Pública quando do cumprimento de medida liminar que posteriormente revele-se descabida.

Face ao exposto, a presente fundamentação não merece prosperar.

⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Aula proferida no curso de pós-graduação em direito processual civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Cadeira de tutelas de urgência. Brasília, 2009.

3.3 Terceira crítica

A crítica ora em análise foi levantada na ADIN n.º4296, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e relaciona-se com a impossibilidade de o legislador ordinário estabelecer restrições ao mandado de segurança, pois isso equivaleria a restringir uma norma constitucional, o que é vedado pelo princípio da supremacia da CF.

Esta corrente de pensamento é perfilhada por parcela considerável da doutrina. Nelson Nery Júnior, que é um dos seus defensores, defende que a lei ordinária não tem legitimidade para restringir garantia instituída pela Lei Maior, incluindo-se, aí, o mandado de segurança, e, por conta disso, não poderia exigir requisitos que a Constituição Federal não exigiu para o exercício da garantia e/ou direito⁴⁷. O autor apresenta o seguinte fundamento, para justificar seu raciocínio, *in verbis*:

Note-se que as Constituições Federais de 1934, 1946, 1967 e 1988, ao instituírem o mandado de segurança como garantia constitucional, somente exigiram que amparasse direito líquido e certo ameaçado ou lesado por ato ilegal ou abusivo de autoridade. Parece-nos que os contornos constitucionais para o exercício do direito de garantia do mandado de segurança são apenas estes⁴⁸.

O consagrado autor prossegue em seu raciocínio, para afirmar que a lei ordinária não poderia, por exemplo, fixar prazo para a impetração do mandado de segurança. Carlos Mário da Silva Velloso⁴⁹ e Paulo Roberto da Silva Passos⁵⁰ comungam do mesmo pensamento de Néri Júnior.

Em que pese o brilhantismo de seus defensores, não há como acolher a presente tese. Pensar dessa forma seria o mesmo que exigir que o Texto Constitucional normatizasse pormenorizadamente o procedimento de todos os remédios constitucionais nele previstos, o que por certo macularia o que se entende como razoável.

Basta, à Constituição, assegurar a existências dos direitos e garantias, cabendo à legislação ordinária a disciplina dos respectivos procedimentos.

Ainda nesse diapasão, faz-se mister ressaltar que o ato de se estabelecer o

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9.ª ed. rev., ampl. e atual. Com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 180.

⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9.ª ed. rev., ampl. e atual. Com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 180.

⁴⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Direito líquido e certo: decadência, in FERRAZ, Sérgio (org.). *Cinquenta anos de mandado de segurança*, Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 63-64.

⁵⁰ PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Do mandado de segurança*, São Paulo: Edipro, 1991, p. 85-87.

procedimento de determinado direito ou garantia constitucional não se confunde com a sua restrição.

Desta forma, não há problema no fato de o legislador infraconstitucional normatizar o procedimento dos remédios e garantias previstos na Constituição, mesmo que para isso tenha de estabelecer certas "restrições", pois que com isso, torna-se possível, inclusive, evitar e/ou combater o uso abusivo de direito garantido pela Constituição. O que a lei ordinária não pode é estabelecer restrições de tal monta que acabem por impossibilitar o uso dos remédios constitucionais para os fins a que foram previstos, o que, todavia, não parece ser o presente caso.

A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem decidido pela constitucionalidade da limitação ao *writ*, por intermédio da legislação ordinária, tendo, inclusive, sido editada a Súmula 632: "É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança". (data de aprovação: 24.9.2003, DJ de 9.10.2003.)

3.4 Quarta crítica

A presente crítica também foi levantada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, nos autos da ADIN n.º 4.296, na qual afirma que o dispositivo limitaria a capacidade postulatória aos mais dotados econômica e financeiramente, criando verdadeiro "apartheid" social.

A presente assertiva não merece prosperar, porque conforme visto anteriormente, a exigência de caução deverá, sempre, ser a exceção, e não a regra. O juiz somente poderá exigir a contracautela quando vislumbrar sério risco de dano grave À Fazenda Pública. E quando tal hipótese ocorrer, o julgador certamente atentará para a capacidade econômica do impetrante, de molde a não exigir a prestação de uma garantia de tal modo onerosa que impossibilite o impetrante de prestá-la.

Nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno leciona que a exigência de caução, fiança ou depósito não se tornou um terceiro pressuposto para a concessão de liminar, sendo certo que o juiz deverá apresentar "motivação plausível e devidamente justificada à luz das vicissitudes do caso concreto" todas as vezes em que achar por bem exercer a faculdade

trazida pela lei⁵¹. Este também é o pensamento de parcela respeitável da doutrina⁵².

Além disso, deve-se ter em mente que a exigência de caução somente é facultada para a concessão de liminares, e não para a análise do mérito da causa. Em outras palavras, não é possível a exigência de caução para a concessão da segurança pretendida. Logo, ainda que a exigência de contracautela seja feita, e a parte não a preste, nada obsta que ao final do processo, o juiz conceda a segurança pleiteada. Da mesma forma, não se facultou a exigência de caução para a impetração do remédio heróico. Por conseguinte, a capacidade postulatória das partes não foi afetada de qualquer maneira, não havendo qualquer razão para a assertiva acima colocada.

3.5 Quinta crítica

Este questionamento foi, também, realizado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na ação direta de inconstitucionalidade proposta no Supremo Tribunal Federal⁵³, podendo ser resumida da seguinte forma: a concessão da medida liminar, uma vez atendidos os requisitos legais, seria uma obrigação do magistrado, e não uma faculdade.

Inicialmente, tenho de registrar que a afirmação acima colocada, por si só, não carece de qualquer reparo. Com efeito, a melhor doutrina reconhece que a medida liminar é um direito subjetivo da parte, sendo certo que uma vez presentes os seus pressupostos — *fumus boni juis* e *periculum in mora* —, o magistrado deve realmente conceder a liminar⁵⁴.

Todavia, há situações em que a execução da medida liminar poderá trazer graves danos à Fazenda Pública. Nessas hipóteses, o juiz poderá condicionar a expedição da medida liminar à prestação de caução por parte do impetrante. Agindo desta forma, o juiz não estará de forma alguma negando o direito do impetrante à concessão da liminar, mas tão-somente

⁵¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2.^a ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66-67.

⁵² Neste sentido: GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31-35; FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 50; e WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009. *Revista de Processo*, v. 177, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 196.

⁵³ ADIN n.º 4.296.

⁵⁴ Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31.^a ed. at. por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 84; e DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09*. 1.^a ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 281.

resguardando o interesse público.

Conforme foi ressaltado em mais de uma ocasião neste trabalho, a medida liminar possui caráter meramente provisório, razão pela qual a Fazenda Pública não pode sofrer danos graves em virtude dessa medida, vez que enquanto a medida poderá ser revertida ao final do processo, talvez os danos se tornem irreversíveis.

Mesmo com a vigência do novo dispositivo, tenho que não houve qualquer alteração no entendimento dominante de que a liminar é um direito subjetivo do impetrante, desde que preenchidos os pressupostos, haja vista que aquele continuará a ter o direito à liminar, devendo tão-somente, nas hipóteses em que o juiz achar necessário, que prestar caução para resguardar a Fazenda Pública, e eventuais terceiros que lhe sejam litisconsortes passivos necessários no mandado de segurança⁵⁵, da ocorrência de danos graves.

3.6 Sexta crítica

O questionamento em voga também foi levantado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na ADIN n.º 4296. Suas linhas gerais giram em torno do raciocínio de que a concessão da liminar seria inerente e faria parte da gênese do instituto do mandado de segurança, e, por conta disso, haveria uma previsão constitucional implícita da liminar na Constituição Federal, pois que ela seria muitas vezes necessária para se garantir a efetividade do provimento final.

O presente argumento encontra esteio na lição de Clóvis Beznos sobre a natureza constitucional da medida liminar, conforme expôs Menezes Direito em sua obra. Segue, abaixo, a transcrição:

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro Peçanha Martins, decidiu que, satisfeitos os pressupostos essenciais, a parte tem direito subjetivo à concessão da liminar pleiteada. Revestida de caráter imperativo, o juiz deve conceder a medida sem sujeitá-la a qualquer exigência, sob pena de torná-la ineficaz. O relator reproduziu lição de Clóvis Beznos sobre a natureza constitucional da medida liminar, segundo a qual 'muito embora não exista a previsão constitucional expressa da liminar, salta aos olhos que a mesma é absolutamente inerente ao próprio remédio constitucional, que, destinado à proteção de direito contra ato ilegal de autoridade, tornar-se-ia letra morta caso não se coibisse desde logo a ilegalidade, como nas hipóteses em que os efeitos do ato lesivo de direito viesse a ocasionar a irreversibilidade da lesão, pela demora no trâmite processual. Disso decorre, inelutavelmente, a conclusão da previsão constitucional implícita da

⁵⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09*. 1.ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 284.

liminar, pois não se poderia compreender tivesse pretendido o Constituinte prever um meio de defesa de direito eficiente algumas vezes e inócuo em determinadas circunstâncias⁵⁶.

Luiz Guilherme Marinoni também defende a impossibilidade de se dissociar a medida liminar do mandado de segurança, conforme se extrai abaixo:

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.

(...)

Retirar da via do mandado de segurança a possibilidade da execução provisória, outrossim, significa a aniquilação da garantia constitucional. É que o mandado de segurança, por sua própria natureza, pressupõe a execução provisória da sentença como forma de fazer eficaz a tutela jurisdicional do direito ameaçado ou violado por ato (ou omissão) ilegal ou de abuso de poder.

A execução provisória no mandado de segurança, portanto, é instrumento indispensável para a própria efetividade da garantia constitucional concretizada no *mandamus*⁵⁷.

Pode-se também afirmar que o argumento em testilha relaciona-se com a teoria dos poderes implícitos, que reza que quando a Constituição dá os fins, ela também concede os meios para alcançá-los.

Em que pese o acerto da lição de Clóvis Beznos e da teoria dos poderes implícitos, tenho que o novel dispositivo legal não colide com tal doutrina, na medida em que a lei não estipulou ao magistrado o dever de sempre exigir a prestação de caução para conceder a liminar. Mais uma vez, o cerne da questão gira em torno da facultatividade da exigência de caução, fiança ou depósito. A nova lei não instituiu um terceiro pressuposto para a concessão de liminar, conforme bem asseverou Cássio Scarpinella Bueno⁵⁸, mas tão-somente estabeleceu ao magistrado a possibilidade de, em vislumbrando a ocorrência de risco de grave dano à Fazenda Pública na execução da medida liminar requerida, exigir do impetrante a prestação de garantia de molde a resguardar os cofres públicos de algum dano ocasionado pela execução da liminar, visto que o mérito do *writ* ainda não foi julgado. Desta forma, a nova lei não proibiu o julgador de conceder a tutela de urgência, e nem poderia assim fazer, pois incorreria em grave inconstitucionalidade.

⁵⁶ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 3.^a ed. amp. e at. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 117-118.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 68-69.

⁵⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2.^a ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

Com efeito, diante dos argumentos acima expostos, levando-se em conta que não existem, em nosso ordenamento, direitos absolutos, e considerando que o interesse público deve sempre prevalecer diante de eventual conflito com o interesse meramente privado, a afirmação feita pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, nos autos da ADIN 4296, não merece prosperar.

3.7 Sétima crítica

Esta crítica, levantada pelos advogados Lucas Cavalcanti da Silva, Thiago Mourão de Araujo e William Soares Pugliese, relaciona-se com o texto abaixo transcrito:

Primeiramente, estar-se-ia criando uma desigualdade de procedimento, na medida em que alavancaria o Estado a uma posição jurídico-processual por demais privilegiada quando comparada à do particular. Isso porque somente nas demandas contra o Estado poderia o juiz, de acordo com critérios não expressos na lei, condicionar a concessão de liminar a um novo elemento, inexigível nas relações entre entes privados. Ao lado do perigo da demora e da plausibilidade do direito alegado, figuraria como requisito a segurança econômica do impetrante, este último dissonante com um Poder Judiciário Republicano⁵⁹.

Quanto à primeira assertiva, tenho que os defensores de tal argumento esqueceram-se do fato de que o nosso ordenamento prevê diversos procedimentos especiais que somente são utilizados quando uma das partes é a Fazenda Pública. Tenha-se como exemplo o sistema de precatórios, previsto no artigo 100 da Constituição Federal. É de conhecimento público que em razão da impenhorabilidade dos bens públicos, a única forma de se executar decisões judiciais que condenam a Fazenda Pública é por intermédio do instituto dos precatórios, procedimento este bem diferente da fase executória do CPC, que é aplicado aos particulares em geral. Outras hipóteses são as previstas no artigo 475 do CPC, que estabelece o reexame necessário nos casos em que o Estado é condenado; e no parágrafo único do artigo 488 do CPC, que dispensa a União, o Estado, o Município e o Ministério Público de prestarem caução quando ajuizarem ação rescisória. Desta forma, percebe-se que o nosso arcabouço jurídico prevê diversas hipóteses de tratamento diferenciado para o Estado, e isto é facilmente explicado em razão até mesmo do interesse público, visto que os cofres públicos são bancados, em última análise, por toda a coletividade, e em razão disso, há que se prever

⁵⁹ SILVA, Lucas Cavalcanti da, ARAUJO, Thiago Mourão de e PUGLIESE, Willian Soares. O custo da tutela jurisdicional efetiva. *Consultor Jurídico* (Artigos – Mandado de Segurança), São Paulo, 30 ago.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-30/lei-mandado-seguranca-custo-tutela-jurisdicional-efetiva>>. Acesso em: 06 set.2009.

mecanismos tendentes a evitar que o gasto imotivado dos recursos públicos.

Além disso, esta não foi a primeira ocasião em que nossa legislação processual estabeleceu a exigência de caução para a prática de certos atos processuais, conforme se extrai do disposto no artigos 488, inciso II; 475-O, inciso III, e 804, todos do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, não há qualquer óbice para que o legislador estabeleça regras diferenciadas para as relações de Direito Público — nas quais figura como uma das partes necessariamente o Estado — e as de Direito Privado — próprias para disciplinar as relações entre particulares.

Não merece acolhida, outrossim, a crítica tecida pelos autores para a ausência de critérios para que o Juiz condicione a expedição de medida liminar à prestação de caução. A tendência do Direito, hodiernamente, é justamente estabelecer as chamadas cláusulas abertas⁶⁰ nos textos legais, evitando-se, com isso, o "engessamento" da legislação, na medida em que é conferida ao juiz certa margem de discricionariedade para que possa ponderar cada situação que lhe seja apresentada e decidir da melhor forma para o caso concreto. Tais cláusulas abertas prestigiam a prudência do magistrado, privilegiando, com isso, as partes, cujas peculiaridades serão analisadas individualmente pelo julgador em cada demanda. O exemplo mais famoso de texto legal com cláusulas abertas é o novo Código Civil (princípio da operabilidade, uma dos princípios norteadores da Lei Civil).

⁶⁰ Cláusulas abertas, na feliz lição do juiz de Direito João Hora Neto, são normas de conteúdo impreciso, vago e indeterminado, que impõem ao Estado-Juiz uma maior liberdade para a solução da novel casuística, inclusive facultando o uso de conceitos metajurídicos na aplicação da norma ao caso concreto, abrindo, desta forma, o sistema jurídico civil ao mundo moderno, diante da mutabilidade do Direito, inserido numa sociedade plural, massificada e complexa. (HORA NETO, João. Os princípios do novo Código Civil e o direito das obrigações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 681, 17 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6737>>. Acesso em: 10 set. 2009)

CONCLUSÃO

Conforme visto nos capítulos anteriores, a só exigência (ou a sua possibilidade) de caução para conceder a liminar não pode ser vista como injusta restrição ao acesso ao Judiciário, ou violação ao dever do Estado de prestar tutela jurisdicional efetiva e adequada. Já de muito o Código de Processo Civil prevê hipóteses em que se faz necessária a prestação de caução para que determinado ato processual possa ser praticado, o que demonstra que a previsão legal de exigibilidade de caução, ou a faculdade de exigi-la, não é uma inovação descabida.

Ademais, foi exposto, ainda, que os óbices à prestação de uma tutela jurisdicional adequada não se relacionam com eventual exigência de caução para a prática de atos. Em outras palavras, os fatos impeditivos de uma prestação jurisdicional efetiva e adequada são outros que não a exigência de caução. Esta, especificamente no que concerne ao objeto do presente estudo, liga-se à necessidade de resguardar a Fazenda Pública de graves danos que possam ser causados pela execução de liminar em mandado de segurança. O seu fundamento gira, portanto, ao redor do interesse público.

Conforme mencionado anteriormente, não é de hoje que nossa legislação processual prevê a exigência de caução para a prática de certos atos processuais. Há o exemplo da ação rescisória, que exige o depósito de 5% sobre o valor da causa para que o autor possa ajuizá-la (art. 488, II, CPC⁶¹). Há também o exemplo do art. 475-O, III, CPC⁶², que trata da execução provisória e estabelece a necessidade de se prestar caução para o levantamento de depósito em dinheiro ou para a alienação de bens. Pode-se mencionar, ainda, a hipótese do art. 804 do CPC⁶³, que faculta ao juiz a possibilidade de exigir caução para conceder medida cautelar.

⁶¹ Art. 488. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:

(...)

II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.

⁶² Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

(...)

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

⁶³ Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Da análise dos exemplos trazidos à tona, extrai-se que o legislador previu a faculdade de exigência de caução não apenas para precaver e/ou assegurar a Fazenda Pública, mas sim em todas as situações em que uma das partes (pessoa jurídica ou física, pública ou privada) esteve na iminência de suportar grave prejuízo antes do trânsito em julgado da decisão. Os grandes exemplos do que foi afirmado são os artigos 475-O, III e 804 do CPC.

Voltando a falar da hipótese objeto do presente estudo, constata-se, é verdade, uma certa preocupação do legislador em resguardar a Fazenda Pública de danos decorrentes da execução de medida liminar. Todavia, ainda assim não vislumbro qualquer traço de inconstitucionalidade na norma. Não é o só tratamento diferenciado estabelecido pelo legislador para as pessoas jurídicas de direito público que torna o dispositivo legal contrário à Lei Maior. Tome-se como exemplo o sistema de precatórios, previsto no artigo 100 da Constituição Federal. É de conhecimento público que, em razão da impenhorabilidade dos bens públicos, a única forma de se executar decisões judiciais que condenam a Fazenda Pública é por intermédio do instituto dos precatórios, procedimento bem diferente da fase executória do Código de Processo Civil, que é aplicado aos particulares em geral.

A remessa obrigatória com efeito suspensivo (art. 475, CPC), que estabelece o reexame necessário nos casos em que as pessoas jurídicas de direito público são condenadas, é outro exemplo de tratamento diferenciado para a Fazenda Pública, pois que nessas hipóteses, mesmo quando o particular obtém uma sentença de mérito a seu favor, não pode promover a execução provisória do julgado.

Outro exemplo a ser dado é o do parágrafo único do artigo 488 do CPC, que dispensa a União, o Estado, o Município e o Ministério Público de prestarem caução quando ajuizam ação rescisória.

Desta forma, percebe-se que o nosso arcabouço jurídico prevê diversas hipóteses de tratamento diferenciado para o Estado, e isto é facilmente compreendido em razão da supremacia que o interesse público deve gozar, visto que os cofres públicos são bancados, em última análise, por toda a coletividade, e, em razão disso, há que se prever mecanismos tendentes a evitar a sangria imotivada dos recursos públicos.

Este tratamento diferenciado está em consonância com o princípio da igualdade, em sua acepção material ou substantiva, pois que consiste em tratar de maneira desigual os desiguais. Despiciendo dizer que uma relação na qual figure o Estado não poderá, por certo, ser analisada sob a mesma ótica utilizada para as relações entre particulares.

Dinamarco, já na década de 1970, advertia que "hoje, importa menos *dar a cada um o que é seu*, do que promover o bem de cada um através do bem comum da sociedade, tratando o indivíduo como membro desta e procurando a integração de todos no contexto social"⁶⁴ (grifos no original).

Nesse sentido, revelam-se bastante pertinentes as palavras de Hans Kelsen, conforme se segue:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres⁶⁵.

Não há, outrossim, como alegar que a exigência de caução para a concessão da liminar possa violar o princípio do acesso ao Judiciário, também conhecido como inafastabilidade da jurisdição, na medida em que se o juiz chegou a exigir caução para conceder a liminar, é porque já existe processo e, por conseguinte, o direito de ação já foi exercido.

Ademais, o princípio do acesso ao Judiciário não exige que o juiz tenha de acatar todas as teses apresentadas pelo autor, ou, ainda, que o julgador não possa adotar, durante o procedimento, decisões que revelem-se contrárias aos interesses do autor. Este é a jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal, que pode ser resumida na seguinte frase: “Ademais, decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (CF, art. 5.º, XXXV)”, de autoria do relator Min. Carlos Velloso, nos autos do AG (AgRg) n.º 207.515-0⁶⁶.

Face a toda a exposição feita, e ressaltando o caráter facultativo da norma em debate,

⁶⁴ Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. 13.ª ed, rev. e at., p. 329.

⁶⁵ Hans Kelsen. *Teoria pura do Direito*. Tradução francesa da 2.ª ed. alemã, por Ch. Einsenmann, p. 190.

⁶⁶ No mesmo sentido:

“Conforme vem se pronunciando reiteradamente esta Corte, a garantia de acesso ao Judiciário não pode ser tida como certeza de que as teses serão apreciadas de acordo com a conveniência das partes”. AG (AgRg) n.º 208.218-BA, rel. Min. Maurício Corrêa. Informativo STF n.º 108. DJ 30.04.1998.

Mais recentemente, há o presente voto do Min. Celso de Mello, proferido nos autos do RE 439723/SP: “É preciso ter presente que a prestação jurisdicional, ainda que errônea, incompleta ou insatisfatória, não deixa de configurar-se como resposta efetiva do Estado-Juiz à invocação, pela parte interessada, da tutela jurisdicional do Poder Público, circunstância que afasta a alegada ofensa a quanto prescreve o art. 5º, XXXV, da Carta Política, consoante tem enfatizado o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (RTJ 132/455, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 141/980, Rel. Min. Carlos Velloso – AI 120.933-AgR/RS, Rel. Min. Néri da Silveira – AI 125.492-AgR/SP, Rel. Min. Carlos Madeira). A prestação jurisdicional, que se revela contrária ao interesse de quem a postula, não se identifica, não se equipara, nem se confunde, para efeito de acesso à via recursal extraordinária, com a ausência de prestação jurisdicional”. Informativo STF n.º 572, de dezembro de 2009.

concluo o presente trabalho com a convicção de que a faculdade atribuída ao juiz de exigir caução para conceder medida liminar em mandado de segurança (art. 7.º, inciso III, parte final, da Lei n.º 12.016, de 7.8.2009) não viola os princípios do acesso ao Judiciário e da prestação de tutela jurisdicional adequada.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. *Direito Federal – Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, Niterói, ano 21, n. 73, p. 167-183, jan./jun. 2003.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 3.^a ed. rev. aumentada e atual. de acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BOLLMANN, Vilian. Mais do mesmo: reflexões sobre as reformas processuais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <http://lex.com.br/noticias/artigos/default.asp?artigo_id=863376&dou=1>. Acesso em: 09 julho. 2010.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Ementa. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 set. 2009.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Ementa. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 14 ago. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Ementa. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Ementa. *Diário Oficial da República federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 29 set. 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2.^a ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 16.^a ed. rev. e at. até a Lei n.º 11.419/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

COSTA, Henrique Araújo. Nova lei do mandado de segurança no STF: OAB x Lula. *Arcos*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/blogs/blog-dos-editores/opiniaio/13-de-agosto-nova-lei-do-mandado-de-seguranca-no-stf-oab-x-lula/>>. Acesso em 10 set. 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09*. 1.^a ed. São Paulo: Dialética, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13.^a ed, rev. e at. São

Paulo: Malheiros, 2008.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 3.^a ed. amp. e at. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de Segurança*. 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Rafael Vêras de. Aspectos de direito público na nova lei de mandado de segurança. *Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, p. 137-160, jan./fev. 2010.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O acesso à justiça, a afirmação da dignidade humana e o exercício da cidadania. *Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 32, n. 99, p. 235-242, setembro. 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14.^a ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 1998.

HORA NETO, João. Os princípios do novo Código Civil e o direito das obrigações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 681, 17 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6737>>. Acesso em: 10 set. 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2.^a ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução francesa da 2.^a ed. alemã, por Ch. Einsenmann. Paris: Dalloz, 1962.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Aspectos polêmicos da nova lei do mandado de segurança: lei n.º 12.016/09. *Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, p. 125-136, jan./fev. 2010.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5.^a ed. rev. e at. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 219-237.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31.^a ed. at. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONNERAT, Carlos Fonseca; VERÍSSIMO, Marcos Neves. Primeiras impressões sobre o novo mandado de segurança - lei 12.016/2009. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 182, p. 215-233, abril. 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9.^a ed. rev., ampl. e atual. Com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Do mandado de segurança*, São Paulo: Edipro, 1991.

SILVA, Lucas Cavalcanti da, ARAUJO, Thiago Mourão de e PUGLIESE, Willian Soares. O custo da tutela jurisdicional efetiva. *Consultor Jurídico* (Artigos – Mandado de Segurança), São Paulo, 30 ago.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-30/lei-mandado-seguranca-custo-tutela-jurisdicional-efetiva>>. Acesso em: 06 set.2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 272485/SP. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília/DF. DJ de 22.09.2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15, jul. 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 975. Relator Ministro Carlos Velloso, DJU 20.6.1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20, jul. 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI n. 1.576. Relator Ministro Marco Aurélio. *Informativo (STF)* n. 67. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15, abr. 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Direito líquido e certo: decadência, in FERRAZ, Sérgio (org.). *Cinquenta anos de mandado de segurança*, Porto Alegre: Fabris, 1986.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009. *Revista de Processo*, v. 177, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. Aula proferida no curso de pós-graduação em direito processual civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Cadeira de tutelas de urgência. Brasília, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI n. 4.296. Relator Ministro Marco Aurélio. *Acompanhamento Processual* (15.09.2009). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20, jul. 2010.

