



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Pedro Gomes de Queiroz

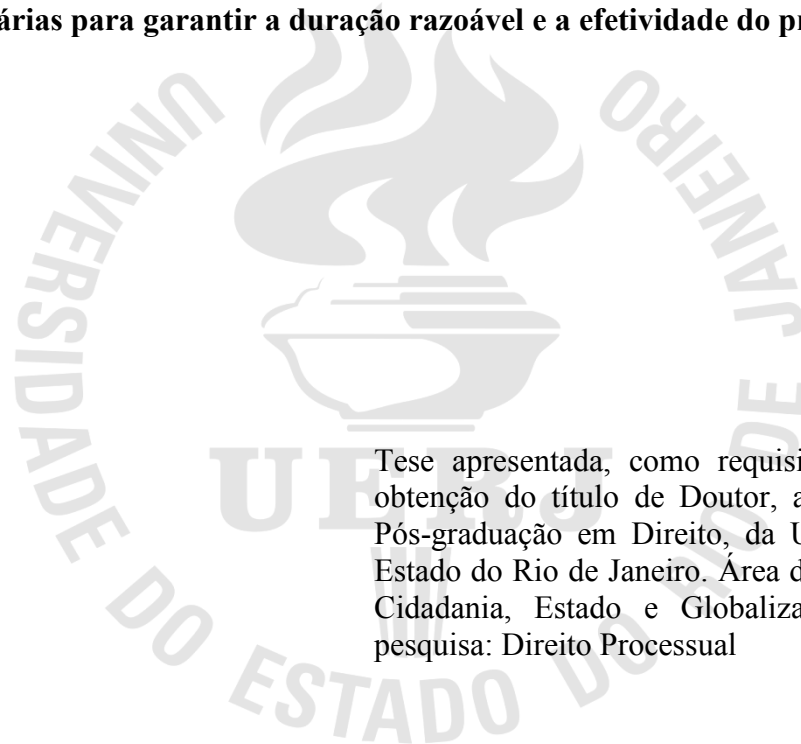
**Mandado de segurança como tutela definitiva da evidência e sua liminar
como tutela provisória de urgência e/ou da evidência: aplicação subsidiária
do CPC e reformas necessárias para garantir a duração razoável e a
efetividade do processo**

Rio de Janeiro

2018

Pedro Gomes de Queiroz

Mandado de segurança como tutela definitiva da evidência e sua liminar como tutela provisória de urgência e/ou da evidência: aplicação subsidiária do CPC e reformas necessárias para garantir a duração razoável e a efetividade do processo



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual

Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Coorientador: Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

Q3 Queiroz, Pedro Gomes de.

*Mandado de segurança como tutela definitiva da evidência e sua liminar como tutela provisória de urgência e/ou da evidência: aplicação subsidiária do CPC e reformas necessárias para garantir a duração razoável e a efetividade do processo / Pedro Gomes de Queiroz. – 2018.
384 f.*

Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho.
Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Mandado de segurança - Teses. 2. Tutela - Teses. 3. Brasil.[Código de processo civil] - Teses. I. Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.958(81)

Bibliotecária Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Pedro Gomes de Queiroz

Mandado de segurança como tutela definitiva de evidência e sua liminar como tutela provisória de urgência e/ou da evidência: aplicação subsidiária do CPC e reformas necessárias para garantir a duração razoável e a efetividade do processo

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Aprovada em 19 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues (Coorientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dra. Flávia Pereira Hill
Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dra. Marcia Cristina Xavier de Souza
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Andre Vasconcelos Roque
Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

Rio de Janeiro

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu pai pelo apoio e incentivo.

Agradeço a todos os professores do Doutorado em Direito Processual da UERJ, em especial ao Prof. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, ao Prof. Marco Antonio dos Santos Rodrigues, ao Prof. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, à Prof.^a Flávia Pereira Hill e à Prof.^a Márcia Michelle Garcia Duarte pelo incentivo, apoio, ótimas aulas, orientações críticas e sugestões.

Agradeço, também, aos professores da UFRJ, Márcia Cristina Xavier de Souza e André Vasconcelos Roque pelas excelentes críticas e sugestões apresentadas por ocasião da defesa desta tese.

Agradeço, ainda, aos colegas dos cursos de mestrado e doutorado pela troca de ideias.

RESUMO

QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Mandado de segurança como tutela definitiva da evidência e sua liminar como tutela provisória de urgência e/ou da evidência: aplicação subsidiária do CPC e reformas necessárias para garantir a duração razoável e a efetividade do processo*. 2016. 384 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

A tese concebe a sentença de mérito que concede o mandado de segurança e sua eventual execução forçada como tutela definitiva da evidência em face do Poder Público, baseada em cognição exauriente e, portanto, apta a formar coisa julgada material. Também compreende a liminar em mandado de segurança e sua eventual execução forçada como tutela de urgência e/ou da evidência. Igualmente, leva em consideração que o legislador do mandado de segurança procurou, historicamente, construir um procedimento especial mais simples e mais célere do que o procedimento comum para a tutela do direito que foi violado ou é ameaçado por autoridade e que é evidenciado por prova documental pré-constituída. Contudo, constata que, atualmente, o procedimento do *mandamus* não mais atende, de forma plena, aos princípios da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988). A partir dessas ideias-base, sustenta: a aplicação subsidiária do art. 304, CPC, que trata da estabilização da tutela provisória, à liminar em mandado de segurança; que os artigos do CPC que disciplinam a tutela provisória de urgência incidental e a tutela provisória da evidência se aplicam ao processo do *mandamus*. Da mesma maneira, propõe alterações na legislação, de modo a estabelecer um novo procedimento para o mandado de segurança que atenda de maneira plena aos princípios fundamentais do processo, sobretudo à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo.

Palavras-chave: Mandado de segurança. Liminar. Tutela definitiva da evidência. Tutela provisória de urgência. Tutela provisória da evidência. Tutela provisória em face da Fazenda Pública.

ABSTRACT

QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Writ of mandamus as definitive judicial relief of an evident right and its preliminary injunction as a judicial relief of urgency and / or evidence: subsidiary application of the CCP and necessary reforms to assure the reasonable duration and the effectiveness of the proceeding*. 2016. 384 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The thesis conceives the judgment of merit granted by the writ of mandamus and its possible enforced execution as definitive protection of the evident right against the State, based on complete cognition and, therefore, apt to form *res judicata*. It also includes the preliminary injunction in the nature of mandamus relief and its possible enforced execution as a judicial relief of urgency and / or evidence. It also takes into account that the legislator of the writ of mandamus sought, historically, to construct a simpler and faster procedure than the common procedure for the protection of the right that has been violated or is threatened by an authority of the State and that is evidenced by pre-constituted documentary evidence, and that the procedure of the writ of mandamus no longer fully complies with the principles of effective judicial protection (Article 5, XXXV, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988) and the reasonable duration of the proceedings (Article 5, LXXVIII, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988). Based on these basic ideas, it defends the subsidiary application of art. 304, CPC, which deals with the stabilization of an interim judicial relief of a right, to the injunction of the writ of mandamus; and that the articles of the CPC which regulate the interim judicial incidental relief of a right threatened by *periculum in mora* and the interim judicial relief of an evident right apply to the mandamus process. It also propose to change the legislation that disciplines the writ of mandamus in order to establish a new procedure which fully complies with the fundamental principles of the procedure, in particular the effective judicial protection and the reasonable duration of the proceedings.

Keywords: Writ of mandamus. Injunction. Definitive judicial relief of an evident right. Interin judicial relief of a right threatened by *periculum in mora*. Interin judicial protection of an evident right. Interin judicial protection against the Public treasure.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....	20
1.1	O “dano marginal” provocado pela demora do processo.....	20
1.2	Duração razoável: o necessário equilíbrio entre celeridade e respeito às garantias fundamentais do processo.....	24
1.3	A garantia da duração razoável do processo no Direito internacional e estrangeiro.....	26
1.4	A garantia da duração razoável do processo no Direito brasileiro...	27
2	DIREITO EVIDENTE EM RAZÃO DA LIQUIDEZ E DA CERTEZA: DIREITO LÍQUIDO E CERTO.....	30
3	AS ORIGENS DO MANDADO DE SEGURANÇA E A HISTÓRICA PREOCUPAÇÃO COM A SIMPLICIDADE E A CELERIDADE DO PROCEDIMENTO.....	41
4	MANDADO DE SEGURANÇA COMO TUTELA DEFINITIVA DA EVIDÊNCIA E SUA LIMINAR COMO TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E/OU DA EVIDÊNCIA.....	53
5	TUTELA DEFINITIVA E TUTELA PROVISÓRIA.....	63
5.1	Legitimidade para requerer a tutela provisória e a tutela definitiva no mandado de segurança.....	72
5.2	Cabimento da tutela provisória no mandado de segurança.....	79
5.3	Momento da concessão da tutela provisória no mandado de segurança.....	80
5.4	Vedação à tutela provisória e à liminar em mandado de segurança de ofício.....	89
5.5	O poder do juiz para determinar as medidas adequadas para efetivação da tutela provisória no mandado de segurança.....	102
5.6	A aplicação das normas do cumprimento provisório da sentença à efetivação da tutela provisória no mandado de segurança.....	108
6	TUTELA DE URGÊNCIA NO MANDADO DE SEGURANÇA.....	111
6.1	Perigo da demora.....	114

6.2	Probabilidade do direito.....	116
6.3	Reversibilidade da tutela provisória de urgência antecipada.....	119
6.4	A responsabilidade objetiva do requerente pela efetivação da tutela provisória de urgência.....	126
6.5	A estabilização prevista pelo art. 304, CPC, e sua aplicação à liminar do mandado de segurança.....	127
6.5.1	<u>Requisitos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente.....</u>	136
6.5.2	<u>A estabilização da tutela provisória de urgência antecipada incidental.....</u>	151
6.6	Fungibilidade entre as diferentes modalidades de tutela provisória de urgência previstas pelo CPC.....	153
7	TUTELA DA EVIDÊNCIA NO MANDADO DE SEGURANÇA.....	155
7.1	Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte.....	159
7.2	Precedentes vinculantes.....	161
7.3	Prova documental de contrato de depósito.....	167
7.4	Prova documental sem contraprova suficiente.....	170
7.5	Estabilização da tutela da evidência no mandado de segurança.....	172
7.6	Fungibilidade entre a tutela da evidência e a tutela de urgência no mandado de segurança.....	173
8	LEGITIMIDADE PASSIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA, AUTORIDADE COATORA E COMPETÊNCIA.....	174
8.1	Definição de “autoridade coatora”.....	178
8.2	A errônea indicação da autoridade coatora.....	189
8.3	As funções processuais da autoridade coatora.....	192
8.4	Fim da competência originária dos tribunais para o processo e o julgamento do mandado de segurança, quando a autoridade coatora integrar o Poder Executivo ou o Poder Legislativo.....	196
8.5	Alteração do ônus de indicar a autoridade coatora.....	204
9	FIM DAS VEDAÇÕES À LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA, À TUTELA PROVISÓRIA E AO	

	CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.....	207
10	APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.....	248
11	INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, A FUNGIBILIDADE DESTE COM OUTROS PROCEDIMENTOS E O DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA.....	255
12	A EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, NÃO FAZER E ENTREGAR COISA NO PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA.....	282
12.1	Multa cominatória contra a autoridade coatora.....	285
12.2	O interventor judicial no mandado de segurança.....	288
	CONCLUSÕES.....	318
	REFERÊNCIAS.....	356

INTRODUÇÃO

Sustentamos, nesta tese, que a sentença de mérito que julga procedente a demanda por um mandado de segurança, idônea a fazer coisa julgada material, e a eventual atividade de execução desta decisão têm natureza jurídica de tutela definitiva de um direito subjetivo, individual ou coletivo, que é evidenciado por prova documental pré-constituída. Portanto, tal sentença deve ser construída por meio de um procedimento que seja realmente mais simples e mais rápido do que o procedimento comum, tendo em vista que a desnecessidade da produção de outras provas além da documental pré-constituída viabiliza e exige uma instrução mais singela e célere.

A duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988) para o processo do mandado de segurança, no qual se demanda a tutela de um direito líquido e certo, e, portanto, evidente, tem de ser necessariamente menor do que a daquele onde se busca a tutela de um direito que não é evidente¹. Para que isso, de fato, ocorra, é necessário alterar a Lei 12.016/2009, bem como os dispositivos constitucionais que estabelecem a competência originária de tribunais para o processo e o julgamento do mandado de segurança, da forma como proporemos ao longo do desenvolvimento deste trabalho. de modo a deixar claro que a única ré no processo do mandado de segurança é a pessoa jurídica e que a autoridade coatora que esta integra

¹ A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), à qual compete zelar pelo cumprimento da Convenção Europeia de Direitos do Homem, no âmbito do Conselho da Europa, inclusive aplicando sanções aos Estados que a violem, fixou, em sua jurisprudência, quatro critérios objetivos destinados a verificar se determinado processo teve duração razoável, entre os quais a complexidade do litígio. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Quarta Seção. Caso de Arbačiauskienė v. Lituânia. Processo n.º 2.971/08. Julgado em: 01 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/>>. Acesso em: 30 maio 2016: "[...] 85. *The Court further reiterates that the reasonableness of such a delay is to be determined having regard in particular to the complexity of the enforcement proceedings, the applicant's own behaviour and that of the competent authorities, as well as the amount and nature of the court award (see Raylyan v. Russia, no. 22000/03, § 31, 15 February 2007, and Rafailović and Stevanović v. Serbia, nos. 38629/07 and 23718/08, § 78, 16 June 2015).* [...]". CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Quarta Seção. Casos de Freitas v. Portugal. Processo n.º 8.349/13 e processo n.º 56418/13. Julgados em: 12 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/>>. Acesso em: 31 maio 2016: "[...] 47. *The Court reiterates that the reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the circumstances of the case and with reference to the following criteria: the complexity of the case, the conduct of the applicants and the relevant authorities and what was at stake for the applicants in the dispute (see, among many other authorities, Frydlander v. France [GC], no. 30979/96, § 43, ECHR 2000-VII).* [...]". THEODORO JR., Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 684. Quanto mais complexo o litígio, maior será a duração razoável do processo destinado a resolvê-lo. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **O princípio da razoável duração do processo: propostas para sua concretização nas demandas cíveis**. 2008. 209 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008, f. 52 e 55. A circunstância de a prova documental pré-constituída ser a única admitida, pelo art. 5º, LXIX, CRFB/1988 e pelo art. 1º, da Lei 12.016/2009, no procedimento do mandado de segurança, torna este menos complexo do que o procedimento comum onde qualquer prova lícita é admitida. Assim, a duração razoável para o processo do mandado de segurança deve ser obrigatoriamente menor do que aquela do processo que segue o procedimento comum.

somente tem a função de prestar informações e cumprir as decisões judiciais proferidas no referido processo que ordenam o adimplemento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa certa. Seguindo esta premissa, é preciso retirar do impetrante o ônus de indicar a autoridade coatora, atribuindo-lhe à pessoa jurídica ré. Mas só isso não basta. A competência originária dos tribunais para processar e julgar o mandado de segurança em razão de autoridade coatora pertencente ao Executivo ou ao Legislativo deve ser eliminada, por meio de emenda à CRFB/1988 e de alteração da legislação infraconstitucional pertinente, uma vez que tal competência não se justifica à luz dos direitos fundamentais e torna desnecessariamente mais complexo o processo do mandado de segurança, já que o impetrante frequentemente se engana quanto à autoridade coatora, em razão da complexidade da estrutura administrativa. Ainda que o Tribunal ou o juízo de primeira instância no qual a demanda de mandado de segurança foi indevidamente ajuizada venha a declinar da competência, o tempo necessário para a remessa dos autos ao juízo competente pode fazer perecer o direito do impetrante, a depender do grau de urgência existente no caso concreto. Assim, pode comprometer a duração razoável do processo especificamente no que se refere à concessão da liminar. Por outro lado, a competência originária dos tribunais para processar e julgar a ação de mandado de segurança torna o processo mais caro ao obrigar o impetrante que não está domiciliado na cidade-sede do tribunal competente a custear a atuação de seu advogado junto a este. Assim, propomos que a competência para o mandado de segurança seja sempre atribuída à primeira instância, exceto quando a autoridade coatora for judicial, bem como a revogação expressa do art. 1º, §1º, Lei 8.437/1992, em razão de sua inconstitucionalidade. Levamos em conta que o ordenamento jurídico vigente já permite que o autor atribua a um juiz de primeira instância o poder de decidir acerca de um ato de uma autoridade que atrairia a competência originária de um tribunal, em sede de mandado de segurança. Em tal caso, o juízo de primeiro grau pode mesmo anular o ato praticado pela referida autoridade.

Além disso, propomos alterações no procedimento do mandado de segurança e a positivação de certos meios de execução da sentença de procedência e da decisão interlocutória que concede tutela provisória favorável ao impetrante, como a imposição de *astreinte* à autoridade coatora e, quando todos os demais meios executivos se revelarem ineficazes, a nomeação de interventor judicial na pessoa jurídica ré.

Demonstraremos, no item dedicado à intervenção judicial, que a decisão que vier a determiná-la deve ser precedida do mais amplo contraditório, do qual todos os interessados devem ter oportunidade de participar, salvo situação de urgência que justifique a sua

postergação. Da mesma forma, deve ser analiticamente fundamentada, nos termos do art. 93, IX, CRFB/1988, e do art. 489, §1º, CPC², demonstrando, inclusive, que todos os demais meios executivos previstos em lei ou criados pela jurisprudência, com base nos arts. 139, IV; 536, §1º; e 538, §3º, CPC, para casos análogos, já tentados, se revelaram ineficazes. Ademais, a fundamentação deve demonstrar que o órgão jurisdicional somente atribuiu ao interventor os poderes estritamente necessários à execução da decisão exequenda, de modo a reduzir, ao mínimo necessário, a limitação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, CRFB/1988) que esta medida provoca.

A doutrina relaciona a figura do interventor judicial às decisões estruturais³. Estas podem ser proferidas em sede de mandado de segurança coletivo, ou mesmo individual, desde que se refira a direito transindividual ou plurindividual⁴, já que as decisões estruturais visam a solucionar “litígios estruturais”, que se referem predominantemente a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Assim, tais decisões devem ser construídas por meio de

² Sobre o art. 93, IX, CRFB/1988, e os arts. 11, e 489, II, e §§1º e 2º, CPC, que atualmente impõe o dever de fundamentação das decisões judiciais, no Brasil, cf. CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**: Estado constitucional democrático de Direito: discurso justificativo: legitimação do exercício da jurisdição. 1. ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, e-book, 3.6. Sobre a motivação da sentença civil, cf. TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. 1. ed. Traducción de: *La motivazione della sentenza civile*. Tradução: Lorenzo Córdova Vianello. Cidade do México: *Tribunal Electoral del Poder Judicial de La Federación*, 2006. Disponível em: <<http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/motivacion.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

³ Para um aprofundamento no tema das decisões estruturais, recomendamos a leitura de JOBIM, Marco Félix. **As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação**. 2012. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v.8, n.1, p. 46-64, jan./abr. 2017. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 17 dez. 2017. ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 14 dez. 2017. BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 53-98, e 137-172.

⁴ O mandado de segurança individual que trata de direito plurindividual deve ser submetido ao regime do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Cf. DANTAS, Bruno. **Tutela plurindividual**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-03/entrevista-bruno-dantas-ministro-tcu-professor>>. Acesso em: 07 jul. 2018. Este incidente é disciplinado pelos arts. 976 a 987, CPC. Segundo MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de descon sideração da personalidade jurídica**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 246, 260: “O novo instituto possui como finalidades precípua s a economia processual, a obtenção de uma duração mais razoável para o processo, a preservação da isonomia nas decisões judiciais e a construção de um patamar superior em termos de segurança jurídica. [...] O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas exige a presença de três requisitos cumulativos: a) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre questão comum de direito; b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; c) que a questão jurídica não esteja afetada em recurso especial ou extraordinário repetitivo (requisito negativo)”. Recomendamos a leitura da integralidade desta excelente obra para um aprofundamento no tema do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

procedimentos adequados às garantias fundamentais do processo⁵. Entretanto, tendo em vista os limites deste trabalho, por opção metodológica, não nos aprofundaremos no tema das decisões estruturais, limitando-nos a definir o seu conceito, e, tampouco, trataremos, do tema do IRDR de maneira aprofundada. Assim, abordaremos as decisões estruturais e o IRDR na medida do estritamente necessário para defender a possibilidade da intervenção judicial, como meio de execução, no processo do mandado de segurança.

Também defendemos que a liminar em mandado de segurança tem natureza jurídica de tutela provisória baseada na evidência do direito demandado e em urgência – perigo da demora do processo – ou exclusivamente na evidência do direito pleiteado, nos casos do art. 311, II, III, e parágrafo único, CPC. Sustentamos, ainda, a possibilidade da concessão da tutela provisória de urgência incidental, no processo do mandado de segurança, após o decurso do prazo para que a autoridade coatora preste informações, na sentença ou mesmo em sede recursal. Assim, definiremos, em capítulo próprio, o conceito de tutela provisória em confronto com o de tutela definitiva. Da mesma forma, procuraremos estabelecer a forma pela qual determinados dispositivos do CPC que tratam da tutela provisória se aplicam ao processo do mandado de segurança, considerando sempre os princípios fundamentais do processo.

As propostas apresentadas nesta tese tornam o processo do mandado de segurança realmente efetivo (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e lhe asseguram a duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988), sem contudo eliminar ou sacrificar em demasia a ampla defesa, o contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988) e a segurança jurídica (art. 5º, caput, CRFB/1988). Assim, concretizam a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/1988), que constitui a síntese de todas as demais garantias fundamentais do processo, consagradas pela CRFB/1988.

O art. 5º, XXXIV, “a”, CRFB/1988, garante a todos “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, “independentemente do pagamento de taxas”. Assim, qualquer pessoa pode peticionar ao Poder Judiciário, requerendo a tutela de um direito alegado. Já o art. 5º, XXXV, CRFB/1988, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, garante a todas as pessoas o direito de requerer ao Judiciário a tutela de qualquer direito lesado ou ameaçado de lesão. Entretanto, este dispositivo não assegura o simples acesso ao Judiciário,

⁵ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, ano VII, n.º 14, p. 9-68, abr. 2002. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1/2>>. Acesso em: 26 maio 2016. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 511-540.

mas, também e, principalmente, a tutela do direito material ou processual daquele que efetivamente o tenha, por meio do processo judicial. Para que isso ocorra, é necessário que este seja orientado, por todas as normas constitucionais que lhe dizem respeito, notadamente: a garantia do juiz natural (art. 5º, LIII, CRFB/1988), o devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/1988), a ampla defesa, o contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988), a vedação de provas ilícitas (art. 5º, LVI, CRFB/1988), a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988), a garantia de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB/1988), as garantias dos juizes (art. 95, CRFB/1988), e aquelas dos tribunais (art. 96, CRFB/1988)⁶. Como tais normas constituem o ápice do ordenamento jurídico processual, devem guiar o legislador na elaboração das leis infraconstitucionais e os órgãos jurisdicionais na interpretação de tais diplomas legais⁷.

⁶ THEODORO JR., Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 679-681: “A intensa democratização instalada entre as principais nações europeias e, em seguida, disseminada por quase todo o planeta, pelo menos no que se relaciona com os povos de cultura romanística, fez com que as Constituições pós-Segunda Grande Guerra inserissem, sistematicamente, o direito de acesso à Justiça e os atributos do devido processo legal entre os direitos fundamentais, ou, mais enfaticamente, entre os direitos do homem. Como o Estado Democrático de Direito assumiu não apenas o encargo de declarar (ou proclamar) os direitos fundamentais, mas, acima de tudo, o dever de implantá-los e fazê-los efetivos, o papel do processo se imantou da força instrumental de tutela real, concreta, de todos os direitos ameaçados ou violados. O acesso à justiça, como direito fundamental, portanto, compreende atividades tanto formais como materiais por parte dos agentes responsáveis pela tutela jurisdicional assegurada pela Constituição: (i) em sentido formal, há de ser garantido a todos, sem qualquer tipo de discriminação, o acesso, livre e em condições de igualdade, ao órgão competente para tutelar os direitos subjetivos materiais lesados ou ameaçados (CF, art. 5º, XXXV); e (ii) em sentido substancial, todo e qualquer procedimento desenvolvido em juízo, após o adequado contraditório, há de proporcionar provimentos judiciais ‘idôneos e efetivos para atuar o direito material objeto do processo.’. O processo do Estado Democrático de Direito contemporâneo, em suma, não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal. Sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, é proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial justa, adequada e efetiva. Daí falar-se, modernamente, em garantia de um processo justo, de preferência à garantia de um devido processo legal. Destaca COMOGLIO, nessa perspectiva, que a garantia do justo processo é composta por garantias mínimas (como o direito de ação e defesa, direito ao contraditório, à independência e imparcialidade do juiz, ao processo efetivo com duração razoável, entre outras) “*che si compenetrano saldamente, come parte dei tutto con le garanzie di protezione e di tutela dei diritti inviolabili dell’uomo*”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del ‘giusto processo’*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 278). Em conclusão: ‘as garantias processuais mínimas, nesse contexto, passam a constituir ou integrar a lista dos direitos fundamentais ou direitos invioláveis do homem, reconhecidos não só nas Constituições, mas também nas Convenções e Tratados Internacionais’. (ANDRADE, Érico. O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo) (Tese de Doutorado), Belo Horizonte, UFMG – Faculdade de Direito, 2008, p. 43).”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11-12: “Tornou-se lugar-comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. [...] De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.”.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 64-67.

Escolhemos o tema, pois observamos que, em muitos casos, o instituto do mandado de segurança não tem contribuído para a tutela do direito material, em razão da redação inadequada de alguns dos dispositivos constitucionais e legais que o disciplinam. Parte da doutrina e da jurisprudência procura minimizar o problema por meio de interpretação que favorece o acesso à Justiça e a duração razoável do processo. Entretanto, somente a adequada reforma legislativa poderá solucioná-lo.

A atual redação de alguns dispositivos Lei 12.016/2009 dá ensejo a interpretações, adotadas por outra parcela da doutrina e da jurisprudência, que vão de encontro às garantias constitucionais do acesso à justiça e da duração razoável do processo. Assim, é preciso estabelecer redação que não permita este tipo de entendimento.

Como metodologia, analisamos alguns dispositivos constitucionais e legais que disciplinam, de forma problemática, o mandado de segurança, bem como a doutrina e a jurisprudência que se referem a estes, com o objetivo de detectar as deficiências e omissões das referidas normas e, assim, propor, de forma original, aprimoramentos constitucionais e legais. Estudaremos as principais discussões existentes na doutrina e na jurisprudência acerca do instituto do mandado de segurança, visando a estabelecer quais interpretações estão em conformidade com as garantias constitucionais do acesso à justiça e da duração razoável do processo e quais não estão. Investigaremos, ainda, as causas destas últimas. Buscaremos subsídios, também, na legislação, doutrina e jurisprudência referentes a institutos análogos ao mandado de segurança existentes em outros países, sobretudo na França, na Itália, na Inglaterra, no País de Gales, na Irlanda do Norte e no México.

As propostas normativas, originais, serão inseridas em quadros comparativos semelhantes a este:

Norma atual	Norma proposta

O procedimento do mandado de segurança foi concebido para ser o mais simples possível, de modo a prestigiar a celeridade na tutela do direito líquido e certo. Procuraremos, nesta tese, seguir o ideal de simplificação e de celeridade, que, desde o princípio, orientou o legislador do *mandamus*, sem, contudo, eliminar as garantias fundamentais do processo. Não obstante, conforme será demonstrado a seguir, a liminar em mandado de segurança, sempre requerida e concedida em caráter incidente, pode se estabilizar. Assim, embora a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) antecedente não possa ser requerida, nem

concedida, no bojo do procedimento do mandado de segurança, em razão da necessária simplicidade deste, analisaremos a doutrina que já foi produzida a respeito do art. 304, CPC, demonstrando a forma pela qual este deve ser aplicado, por analogia, à estabilização da liminar em mandado de segurança. Em seguida, proporemos alteração na Lei 12.016/2009, para que a possibilidade de estabilização da liminar em mandado de segurança passe a ser prevista expressamente, o que tornará desnecessária a aplicação subsidiária do art. 304, CPC, ao procedimento do *mandamus*.

A tutela provisória de urgência cautelar antecedente, disciplinada pelos artigos 305 a 310, CPC, nunca pode ser requerida, nem concedida, no bojo do procedimento do mandado de segurança, primeiro porque a utilização do procedimento do *mandamus* exige prova documental pré-constituída dos fatos constitutivos do direito subjetivo pleiteado, sendo, portanto, inviável a utilização do procedimento instituído pelos artigos 305 a 310, CPC, para a produção de prova, segundo porque, a necessidade de simplicidade do procedimento do mandado de segurança impõe que qualquer medida cautelar somente possa ser requerida e concedida incidentalmente. Por esta razão, não trataremos, nesta tese, do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

O art. 303, CPC, não se aplica ao procedimento do mandado de segurança, tendo em vista a especialidade da Lei 12.016/2009, que o disciplina. Assim, a petição inicial do *mandamus* deve ser completa, cumprindo todos os requisitos dos arts. 319, I, II, III, IV, V, VI, e 320, CPC. Por esta razão, não comentaremos, de forma aprofundada, o art. 303, CPC, nesta tese. Verificando o juiz que a exordial do mandado de segurança não preenche os requisitos dos arts. 319, I, II, III, IV, V, VI, e 320, CPC, “ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado”. Se o impetrante “não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial” (art. 321, CPC), isto é, proferirá sentença terminativa, extinguindo o processo sem resolução do mérito.

Não nos aprofundaremos na história da tutela cautelar e da tutela antecipada no Brasil⁸, uma vez que isso não colaboraria para a sustentação de nossa tese. Assim, nos

⁸ Quanto à história da tutela cautelar e da tutela antecipada no Brasil, remetemos o leitor aos seguintes trabalhos: GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 351-353. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 35-36. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 136. FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21-22, principalmente nota 54. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 65.

concentraremos em analisar a atual disciplina da tutela provisória no CPC, naquilo que for pertinente ao mandado de segurança.

Não trataremos, de forma aprofundada, da história e das características atuais de institutos estrangeiros que se assemelham ao mandado de segurança, como os *remedies* da *judicial review* do *common law*⁹ ou o *amparo* mexicano¹⁰, tendo em vista que o exame das particularidades dessas instituições não contribuiria para a defesa da presente tese. Trata-se de opção metodológica que leva em consideração os limites deste trabalho. Pelas mesmas razões, não analisaremos as origens e o estágio atual dos *référés* e da *procédure sur requête*

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%83%C2%ADcio%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2017. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 207. BUZAID, Alfredo. A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 72, n. 1, p. 143-144, 1977. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66795/69405>>. Acesso em: 29 jul. 2017. BUZAID, Alfredo. **Anteprojeto de Código de Processo Civil:** apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro, 1964, p. 67. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 jul. 2017. BRASIL. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Código de Processo Civil:** histórico Lei. v. I. t. I. Brasília, 1974. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 jul. 2017. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹ Sobre os *remedies* da *judicial review* do *common law*, recomendamos as seguintes obras: ANTHONY, Gordon. **Judicial review in Northern Ireland.** Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 76-79, 92-93, 239-263; AUBURN, Jonathan; MOFFETT, Jonathan; SHARLAND, Andrew. **Judicial review: principles and procedure.** 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 719-773; BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança.** v. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35-46; MERRILL S. S.. **Law of mandamus.** 1. ed. Chicago: T. H. Flood and Company, 1892. Disponível em: <www.archive.org>. Acesso em: 12 dez. 2017; WOOLF, Harry; JOWELL, Jeffrey; LE SUEUR Andrew; DONNELLY, Catherine M.; HARE, Ivan; DE SMITH, Stanley. **De Smith's judicial review.** 7. ed. Londres: Sweet and Maxwell, 2013, p. 961-984.

¹⁰ Aconselhamos a leitura dos seguintes trabalhos, sobre o *amparo* mexicano: FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Estructura procesal del amparo (1955-2015).** In: FLORES, Imer B. (Org.). **Centenario (1917-2017) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: México y la Constitución de 1917: Doctrina Constitucional Mexicana: Estudios Constitucionales.** Ciudad de México: Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM); Senado de la República; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), 2016, p. 435-463. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4423/43.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2018. GIMÉNEZ, Francisca Pou. **El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?.** **Anuario de Derechos Humanos**, Santiago do Chile, n. 10, p. 97, jun. 2014. ISSN 0718-2058. Disponível em: <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/31696/33497>>. Acesso em: 18 jul. 2014. DOI: 10.5354/0718-2058.2014.31696. GIMÉNEZ, Francisca Pou. O novo amparo mexicano e a proteção dos direitos: nem tão novo, nem tão protetor?. Tradução: Pedro Gomes de Queiroz. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 145-163, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>>. Acesso em: 25 dez. 2017. BUZAID, Alfredo. "Juicio de amparo" e mandado de segurança. (Contrastes e confrontos). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 56, n. 1, p. 172-231, 1961. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66387>>. Acesso em: 25 dez. 2017. BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança.** v. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47-64.

franceses¹¹, e, tampouco, da *tutela cautelare italiana*¹², não obstante este exame possa trazer importantes subsídios para o aperfeiçoamento do sistema brasileiro de tutela provisória. O

¹¹ A respeito dos *référés* e da *procédure sur requête* francesa, indicamos as seguintes obras: BONATO, Giovanni. *I référés nell'ordinamento francese*. In: CARRATTA, Antonio. *La tutela sommaria in europa – studi*. Nápoles: Jovene Editore, 2012, p. 35-76. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, v. 150, p. 63, ago 2007. BODART, Bruno Vinicius da Rós. **Tutela da evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 101-105. BONATO, Giovanni. Os *référés* no ordenamento francês. Tradução: Pedro Gomes de Queiroz. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, n. 255, p. 527-566, maio, 2016. BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*. Disponível em: <www.judicium.it>. Acesso em: 22 jul. 2017. BUONCRISTIANI, Dino. *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pregiudizio*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno LX Fasc. 2, p. 575-600, 2006. FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Les offices du juge*. In: *Jean Foyer, auteur et législateur : leges tulit, jura docuit : écrits en hommage à Jean Foyer. (Mélanges Jean Foyer)*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 463-476. Disponível em: <http://mafr.fr/fr/article/28-les-offices-du-juge-melanges-jean-foyer/>. Acesso em: 22 maio 2017. HOONAKKER, Philippe. Capítulo 324. *Ordonnances sur requête*. In: GUINCHARD, Serge (Coord.). *Droit et Pratique de la Procédure Civile Droit Interne et Européen*. 9. ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 975-985; LACABARATS, Alain. Capítulo 323. *Référé*. In: GUINCHARD, Serge (Coord.). *Droit et Pratique de la Procédure Civile Droit Interne et Européen*. 9. ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 958-974; JOMMI, Alessandro. *Il référé provision: ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*. Torino: G. Giappichelli, 2005. MELIN-SOUCRAMANIEN, Bérangère. *Le juge des référés et le contrat*. 1. ed. Aix-Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000; PAIM, Gustavo Bohrer. Estabilização da tutela antecipada. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 170-185. PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, n. 203, p. 99-118, jan. 2012; STRICKLER, Yves. *Le juge du référé, juge du provisoire*. 1993. 949 f. Tese (Doutorado em Direito) - *Université Robert Schuman - Strasbourg III, Strasbourg*, 1993, 2 tomos. Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00169851>. Acesso em: 12 dez. 2017. STRICKLER, Yves. *Le juge du référé, juge du provisoire*. 1. ed. Sarrebruck: Éditions Universitaires Européennes, 2010. STRICKLER, Yves. *L'évolution contemporaine du référé et des procédures d'injonction*. *Revista de Processo*, São Paulo : RT, v. 41, n. 261, p. 167-196, nov. 2016. STRICKLER, Yves. *Procédure civile*. 6. ed. Bruxelles: Larcier, 2015, e-book. VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*. 23 ed. Paris: Dalloz, 1994, p. 514-520 e 600. VARNEK, Alexey. *Le juge des requêtes, juge du provisoire*. 2013. 712 f. Tese (Doutorado em Direito) - *Université de Strasbourg*, 2013. Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01059054>. Acesso em: 25 dez. 2017. KERKATLY, Yehia. *Le juge administratif et les libertés publiques en droits libanais et français*. 2013. 361 f. Tese (Doutorado em Direito) - *Université de Grenoble, Grenoble*, 2013, f. 194-218. Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01002615>. Acesso em: 25 dez. 2017. PIASECKI, Julien. *L'office du juge administratif des référés: Entre mutations et continuité jurisprudentielle*. 2008. 542 f. Tese (Doutorado em Direito) - *Université du Sud Toulon Var*, 2008. Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00370824>. Acesso em: 25 dez. 2017. FRANÇA. CONSEIL D'ÉTAT. *Les dossiers thématiques du Conseil d'État. Le juge des référés*. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr>. Acesso em: 25 dez. 2017.

¹² Acerca da *tutela cautelare italiana*, recomendamos as seguintes obras: CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000, p. 53-69. CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3. 2. ed. Campinas: Booseller, 2003, p. 245-248. CARRATO, Aldo; DI MARZIO, Mauro; GIORDANO, Rosaria; LAZZARO, Fortunato; SCARPA, Antonio. *Pratica professionale. Processo Civile diretto da Fortunato Lazzaro. Procedimenti alternativi al rito ordinario*. 1. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2016, p. 425-430. CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. v. I: introdução e função do processo civil. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 322-336. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. Tradução do original italiano - 2ª edição de 1935 - por Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 56 e 66, 234-235, 260-270, 335-341. CHIOVENDA, Jose. **Principios de Derecho Procesal Civil. Traducción española de la tercera edición italiana**. Tomo II. Madrid: Editorial Reus (S. A.), 1922, p. 234-235 e 260-263. GIORDANO, Rosaria; SCARPA, Antonio. **I procedimento cautelari**. Milão: Wolters Kluwer, Cedam, e-book. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 1. Tocantins: Intelectos, 2003, p. 176 e 187-190. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 1. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Tradução da 4. ed. do *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Milão: Giuffrè, 1980. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 262-263,

citado motivo também nos leva a deixar de lado, a análise do desenvolvimento histórico e do estado da arte das *astreintes* francesas¹³, embora tal estudo possa contribuir para o aprimoramento da multa cominatória brasileira, fundamental meio de execução das obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa certa, que podem ser objeto do mandado de segurança.

Todos os capítulos da presente tese estão relacionados à tutela da evidência e/ou de urgência concedida por meio do processo do mandado de segurança, mesmo quando tratam de questões procedimentais ou concernentes à legitimidade passiva. Apesar de tratarem de diferentes aspectos desse feito, os capítulos procuram justificar nossas propostas originais *de lege lata* e *de lege ferenda* tendentes a tornar tal processo mais célere e efetivo. O instituto do mandado de segurança deve ser compreendido como um conjunto, cujo objetivo é a concessão de uma tutela de evidência e/ou de urgência da forma mais célere possível, respeitando todas as garantias fundamentais do processo.

277-280. MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. v. II: L'arbitrato. L'esecuzione forzata. I procedimento speciali. 7. ed. Vicenza: Wolters Kluwer e CEDAM, 2015, p. 331-366.

¹³ Recomendamos a leitura dos seguintes trabalhos sobre as *astreintes* francesas: BONATO, Giovanni. As reformas da execução na Itália. *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 3, p. 148, set./dez. 2015. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 24 maio 2017. CROISSANT, Ernest. *Des Astreintes. Thèse pour le doctorat. Université de Paris. Faculté de Droit. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence; Arthur Rousseau, Éditeur*, 1898. Disponível em: <www.gallica.bnf.fr>. Acesso em: 21 maio 2017. ESMEIN, Adhémar. *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes. Extrait de la Revue trimestrielle de Droit civil*, n.º 1, 1903. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1903, p. 50-52. Disponível em: <<https://archive.org>>. Acesso em: 25 maio 2017. GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 108-134. PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil conforme aux programmes officiels des facultés de Droit*. Paris: Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence, 1923, p. 75-76. Disponível em: <www.gallica.bnf.fr>. Acesso em: 23 maio 2017; TOURNIER, Joseph. *De la Condamnation à des dommages-intérêts, considérée comme moyen de contrainte et comme peine. Thèse pour le doctorat. Faculté de Droit de Montpellier*. Montpellier: Imprimerie Ricard Frères, 1896. Disponível em: <www.gallica.bnf.fr>. Acesso em: 30 maio 2017. Sobre a redação original do art. 1142, do Código Civil francês de 1804 e a impossibilidade da execução forçada de obrigação de fazer, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 27. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 50-51. A respeito da *Ordonnance* n.º 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, que ab-rogou, a partir de 01 de outubro de 2016, a redação original do art. 1142, do Código Civil Napoleão e conferiu nova redação ao art. 1221, do mesmo código, reconhecendo, expressamente, a possibilidade de execução específica de obrigação de fazer, cf. FRANÇOIS, Clément. « *Présentation des articles 1221 à 1222 de la nouvelle sous-section 2 "L'exécution forcée en nature"* », *La réforme du droit des contrats présentée par l'Institut d'études judiciaires Jean Domat de l'Université Panthéon Sorbonne - Paris 1*. Disponível em: <<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect2-execution-forceee/>> Acesso em: 02 jun. 2017. LEMAY, Pierre. *L'inexécution du contrat : l'exécution forcée en nature. Le blog Dalloz dédié à la réforme du droit des obligations*. Disponível em: <<http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/04/02/linexecution-du-contrat-lexecution-forceee-en-nature/>>. Acesso em: 13 dez. 2017. Acesso em: 13 dez. 2017. BASSORA, Lara. *La coazione all'adempimento mediante la tecnica delle misure coercitive indirette*. 2014. 162 f. Tese (Doutorado em Direito) – Università di Bologna, Bologna . 2014, f. 9-20.

Procuramos escrever da forma clara, sucinta e objetiva, evitando desnecessárias demonstrações de erudição, com o escopo de facilitar a compreensão do leitor e de valorizar as ideias propostas.

Demos preferência às citações diretas, principalmente dos textos dos autores que discordam de nossas posições, para evitar eventuais e involuntárias supressões e distorções provocadas pela paráfrase. Optamos por alocá-las em notas de rodapé, para que o leitor não encontre dificuldades em localizar nossa opinião e nossos argumentos relativos ao tema tratado, situados no corpo do texto.

1 O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

1.1 O “dano marginal” provocado pela demora do processo

A demora do processo judicial produz um estado de incerteza que impede as partes de planejarem suas ações de acordo com os efeitos da vitória ou da derrota e gera ansiedade nestas. A este efeito deletério dá-se o nome de "dano marginal", pois as partes o sofrerão independentemente do resultado final do processo. Quanto maior a duração deste, maiores serão seus efeitos prejudiciais¹⁴.

As tutelas provisórias, a exemplo da liminar em mandado de segurança, não são capazes de afastar o referido estado de incerteza, nem de evitar o dano marginal, pois são passíveis de revogação, visto que baseadas em juízos de probabilidade (*fumus boni juris*, verossimilhança, etc) e em cognição sumária sobre as provas¹⁵. Além disso, conforme

¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de Novo Código de Processo Civil**. In: DANTAS, Bruno et al (Org). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: *Juspodivm*, 2013, p. 73-74. No mesmo sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que: “*The applicant also undoubtedly sustained non-pecuniary damage, in that she was left in prolonged uncertainty and anxiety as to the outcome and repercussions of the proceedings. [...]*”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Capuano v. Itália*, julgado em 25 jun. 1987. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/>>. Acesso em: 10 jun. 2016. Tradução: “A requerente provou, por outro lado, um prejuízo moral indenizável: ela viveu numa incerteza e numa ansiedade prolongadas quanto ao resultado e às repercussões do processo”. (Tradução de José Rogério Cruz e Tucci). TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do estado pela intempestividade da prestação jurisdicional*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 97, p. 333, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67551/70161>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de Novo Código de Processo Civil**. In: DANTAS, Bruno et al (Org). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: *Juspodivm*, 2013, p. 74. BRASIL.. Supremo Tribunal Federal.. MS 25641, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 22/11/2007, DJe-031 DIVULG 21-02-2008 PUBLIC 22-02-2008 EMENT VOL-02308-01 PP-00193 RTJ VOL-00205-02 PP-00732: “[...] 3. A reposição, ao erário, dos valores percebidos pelos servidores torna-se desnecessária [...], quando concomitantes os seguintes requisitos: i] presença de boa-fé do servidor; ii] ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; iii] existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; iv] interpretação razoável, embora errônea, Lei pela Administração. 4. A dúvida na interpretação dos preceitos que impõem a incidência do imposto de renda sobre valores percebidos pelos impetrantes a título de juros de mora decorrentes de atraso no pagamento de vencimentos é plausível.. A jurisprudência do TST não é pacífica quanto à matéria, o que levou a unidade pagadora a optar pela interpretação que lhe pareceu razoável, confirmando a boa-fé dos impetrantes ao recebê-los. [...]”. O STJ orientou sua jurisprudência no sentido de que o servidor público, pensionista, ou segurado do INSS que recebeu verbas alimentícias em razão de tutela provisória deve restituí-las ao erário caso a decisão que concedeu a tutela venha a ser revogada, pois, neste caso, não haveria boa-fé objetiva por parte do servidor ou do pensionista, pois este teria consciência da precariedade da referida decisão. Nesse sentido, BRASIL.. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.384.418/SC, ReL.. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, j. 12/06/2013, DJe 30/08/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 maio 2016: “PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RECEBIMENTO VIA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO. REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL.. HIPÓTESE ANÁLOGA. SERVIDOR PÚBLICO. CRITÉRIOS. CARÁTER ALIMENTAR E BOA-FÉ

demonstraremos adiante, quando a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) antecedente ou incidental ou a tutela provisória de evidência se estabiliza, nos termos do art. 304, CPC, tal estabilização incide, tão somente, sobre os efeitos da decisão, mas não sobre o seu conteúdo. Como esta se baseia em cognição sumária, é inidônea a fazer coisa julgada material, mesmo após o transcurso *in albis* do prazo decadencial de dois anos previsto pelo art. 304, CPC. Assim, como inexistente efeito positivo da coisa julgada, a existência dos fatos referidos pela decisão interlocutória de mérito estabilizada pode ser rediscutida em outro processo no qual pode ser proferida decisão idônea a produzir outros efeitos¹⁶.

OBJETIVA. NATUREZA PRECÁRIA DA DECISÃO. RESSARCIMENTO DEVIDO. DESCONTO EM FOLHA. PARÂMETROS. 1. Trata-se, na hipótese, de constatar se há o dever de o segurado da Previdência Social devolver valores de benefício previdenciário recebidos por força de antecipação de tutela (art. 273 CPC) posteriormente revogada. 2. Historicamente, a jurisprudência do STJ fundamenta-se no princípio da irrepetibilidade dos alimentos para isentar os segurados do RGPS de restituir valores obtidos por antecipação de tutela que posteriormente é revogada. 3. Essa construção derivou da aplicação do citado princípio em Ações Rescisórias julgadas procedentes para cassar decisão rescindenda que concedeu benefício previdenciário, que, por conseguinte, adveio da construção pretoriana acerca da prestação alimentícia do direito de família. A propósito: REsp 728.728/RS, ReL.. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 9.5.2005. 4. Já a jurisprudência que cuida da devolução de valores percebidos indevidamente por servidores públicos evoluiu para considerar não apenas o caráter alimentar da verba, mas também a boa-fé objetiva envolvida *in casu*. 5. O elemento que evidencia a boa-fé objetiva no caso é a "legítima confiança ou justificada expectativa, que o beneficiário adquire, de que valores recebidos são legais e de que integraram em definitivo o seu patrimônio" (AgRg no REsp 1.263.480/CE, ReL.. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.9.2011, grifei). [...] 6. Tal compreensão foi validada pela Primeira Seção em julgado sob o rito do art. 543-C CPC, em situação na qual se debateu a devolução de valores pagos por erro administrativo: "quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público." (REsp 1.244.182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19.10.2012, grifei). 7. Não há dúvida de que os provimentos oriundos de antecipação de tutela (art. 273 CPC) preenchem o requisito da boa-fé subjetiva, isto é, enquanto o segurado os obteve existia legitimidade jurídica, apesar de precária. 8. Do ponto de vista objetivo, por sua vez, inviável falar na percepção, pelo segurado, da definitividade do pagamento recebido via tutela antecipatória, não havendo o titular do direito precário como pressupor a incorporação irreversível da verba ao seu patrimônio. 9. Segundo o art. 3º da LINDB, "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece", o que induz à premissa de que o caráter precário das decisões judiciais liminares é de conhecimento inescusável (art. 273 CPC). 10. Dentro de uma escala axiológica, mostra-se desproporcional o Poder Judiciário desautorizar a reposição do principal ao Erário em situações como a dos autos, enquanto se permite que o próprio segurado tome empréstimos e consigne descontos em folha pagando, além do principal, juros remuneratórios a instituições financeiras. 11. À luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e considerando o dever do segurado de devolver os valores obtidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, devem ser observados os seguintes parâmetros para o ressarcimento: a) a execução de sentença declaratória do direito deverá ser promovida; b) liquidado e incontroverso o crédito executado, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até 10% da remuneração dos benefícios previdenciários em manutenção até a satisfação do crédito, adotado por simetria com o percentual aplicado aos servidores públicos (art. 46, § 1º, Lei 8.213/1991. 12. Recurso Especial provido." Cf., ainda, BRASIL.. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1255160/RJ, ReL.. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 18/12/2012, DJe 08/02/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 maio 2016: "[...] 1. Esta Corte Superior consolidou entendimento no sentido de que não cabe a restituição de valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de equívoco de interpretação ou de má-aplicação Lei pela Administração. Todavia, é legítimo o desconto de vantagem patrimonial paga a servidor público pelo erário, em face de cumprimento de decisão judicial precária, posteriormente revogada."

¹⁶ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 33: "não cabe ação

A tutela provisória de urgência não é um remédio para a duração excessiva do processo. Visa, tão somente, a antecipar o reconhecimento e a efetivação do direito subjetivo material do autor ou a garantir o resultado útil do processo, em casos excepcionais onde há *periculum in mora e fumus boni iuris*¹⁷. Entretanto, quanto mais longa for a tramitação do feito, maior é a probabilidade de que o referido direito, ou o próprio autor, pereça durante esta. Basta lembrar que a situação que coloca em risco o direito do autor ou a própria vida deste pode surgir em momento posterior ao do ajuizamento da ação. Assim, quanto maior for

rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência". No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 612-613. Integrando a mesma corrente, CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 161-162. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 242-246. Em sentido contrário, GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 296-330, jul./ dez. 2014. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em: 11 jun. 2015. No mesmo sentido, REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de processo**, São Paulo: RT, v. 40, n. 244, p. 167-194, jun. 2015. Já, SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao Novo CPC: da tutela da evidência e da tutela satisfativa última parte. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 39, v. 235, p. 187, set. 2014, defende que: "Se não for proposta a demanda prevista no § 2º do art. 305 do Projeto do novo CPC no prazo de dois anos a contar da ciência do arquivamento dos autos, a estabilidade da tutela antecipada concedida tornar-se-á definitiva, não podendo mais ser objeto de reanálise, nem mesmo de ação rescisória. Poder-se-á dizer que a tutela estará albergada pela coisa soberanamente julgada".

¹⁷ Segundo, THEODORO JR., Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 677-678, a excepcionalidade é aspecto relevante da tutela de urgência, "[...] de sorte que as providências cautelares e as medidas antecipatórias não podem ser prodigalizadas pelo simples capricho da parte ou por mera liberalidade (ou discricionariedade) do juiz. E, sem dúvida, incômodo o ter de esperar por muito tempo pelo provimento jurisdicional. Mas não são os meros desconfortos do litigante que justificam a quebra do ritmo natural e necessário do contraditório. Somente o risco de danos sérios, de incerta e difícil reparação, justifica as tutelas diferenciadas de urgência. [...] E por isso importante discernir, antes de tudo, entre processo de duração razoável e processo de duração não razoável, para se pensar em atacar os males do tempo sobre os interesses e direitos do litigante. Se o processo dura razoavelmente, a parte tem de se conformar com os inconvenientes da espera da resposta jurisdicional, mesmo que isso a deixe aborrecida e angustiada, desde, é claro, que essa espera não equivalha a inutilizar os efeitos do processo necessários à realização efetiva da tutela merecida pelo titular do direito lesado ou ameaçado (CF, art. 5º, XXXV). Nessa ordem de ideias, importante fixar-se, como preâmbulo ao estudo das tutelas de urgência, na garantia fundamental de duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), para se afastar a ilusão de que as medidas preventivas sejam vistas como panaceia contra qualquer demora na solução da lide e que se prestem sempre a reduzir essa demora, qualquer que seja sua causa. E preciso ter em mente que as tutelas de urgência, ao contrário do que à primeira vista possa parecer, não têm a função de acelerar a marcha do processo e abreviar a solução dos litígios. Com ou sem as medidas de urgência, a composição da lide, em caráter definitivo, passará por todos os estágios normais do procedimento comum. O que se obtém por via da tutela emergencial são apenas providências de afastamento do perigo de dano iminente (*periculum in mora*). Sem elas, a tutela jurisdicional seria inútil, quando, após a duração normal do processo, se chegasse ao provimento correspondente à definitiva solução do litígio. E de todo inaceitável e imprópria a tentativa de ampliar a tutela de urgência até fazer crer que exista uma 'jurisdição de urgência', equiparável de certa forma a uma 'tutela interdita' distinta daquela alcançável através da 'jurisdição' comum, como se existissem paralelamente duas jurisdições distintas. [...] O combate ao perigo da demora natural do processo não se confunde com a repressão à sua duração excessiva. São dois fenômenos distintos, que reclamam remédios também diferentes."

a duração do processo, maior será a probabilidade de que a tutela provisória de urgência se faça necessária¹⁸.

A demora do processo costuma ser mais danosa para o vencedor do que para o vencido, mas também pode ser lesiva para este¹⁹. O Direito Processual dispõe de mecanismos que procuram compensar as perdas financeiras decorrentes da demora do processo, como a correção monetária e os juros de mora. Já as multas cominatórias, que podem ser únicas (art. 523, §1º, CPC) ou periódicas (art. 537, CPC), visam à efetivação do título executivo. Em muitos casos, os referidos mecanismos tornam economicamente desvantajosa a resistência do vencido em cumprir o título executivo e esta, quando se verifica, decorre, tão somente, de causas emocionais. Em outros, porém, os mencionados mecanismos são ineficazes e precisam ser aperfeiçoados. Figure-se, por exemplo, um litígio envolvendo, de um lado, um banco e, de outro, um consumidor do serviço bancário. Neste caso, pode ser mais vantajoso para o banco descumprir a ordem judicial, a despeito da correção monetária, dos juros de mora e da multa a que está submetido, pois é capaz de obter lucro maior emprestando para terceiro o valor da condenação. Para casos assim, o art. 139, IV, CPC previu, de forma expressa, a possibilidade de fixação de multa cominatória periódica para o cumprimento de sentença que reconheça obrigação de pagar quantia certa.

O STJ orientou sua jurisprudência no sentido de que a multa cominatória periódica, fixada em decisão judicial, e que visa a forçar o executado a cumprir obrigação de fazer, de

¹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, §34, p. 244-245: “Ninguém pode negar [...] a natureza intrinsecamente excepcional da proteção de simples segurança; o que a caracteriza, sempre, o que lhe serve de fundamento e constitui sua razão de ser é a circunstância de existir uma certa inadequação, no caso concreto, entre a tutela jurisdicional comum e o interesse cuja proteção se postula. Daí a impropriedade de tentar-se estendê-la, como pretendem alguns, até equipará-la a uma jurisdição de urgência, equiparável a uma tutela interdita paralela à jurisdição comum. [...] A questão da inadequação do aparelho estatal encarregado da prestação jurisdicional, devida a sua cada vez mais acentuada obsolescência, não é problema a ser resolvido pelo processualista, mediante a introdução de novos expedientes técnicos; o problema é de política judiciária e, como tal, deve ter solução noutra nível. Ao jurista prático que participa, como personagem, do drama quotidiano do Poder Judiciário, ao juiz que deve aplicar o direito e, mais do que isso, realizar os ideais de Justiça, o que importa é averiguar se o mítico e mal proposto anseio de justiça material pode ser atingido quando o emperramento e a morosidade da máquina estatal transforma a expectativa de uma sentença justa num ideal inatingível, acabando por premiar o litigante de má fê que seja suficientemente astuto para evitar a configuração dos casos extremos em que se pune o abuso do direito de demandar. A tutela cautelar, de certo modo, tem relação com tais questões; porém, não pode ser confundida com os poderes de simples gestão processual que o juiz deve deter enquanto autoridade que preside a relação processual e, como tal, tem o dever de zelar pela regularidade e eficiência do desenvolvimento do processo, cuidando para que ele permaneça adequado a seus fins. Sem dúvida, quanto maior for a defasagem entre a exigência de tutela jurisdicional e a efetiva prestação dessa tutela, maior há de ser o campo ocupado pela proteção de simples segurança. Mesmo assim, os conceitos são inconfundíveis e a ciência deve indicá-los.”

¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de Novo Código de Processo Civil**. In: DANTAS, Bruno et al (Org). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: *Juspodivm*, 2013, p. 73-74.

não fazer, ou de entregar coisa não faz coisa julgada material e, portanto, pode "ser revista a qualquer tempo, [...] para o atendimento do princípio da proporcionalidade, com vistas a evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes"²⁰. O Anteprojeto do Novo CPC continha dispositivo que visava a evitar a referida redução, o art. 503, §5º, de acordo com o qual: "O valor da multa será devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa"²¹. Mas, infelizmente, o legislador CPC não aprovou a referida proposta que tanto contribuiria para a duração razoável do processo. O art. 537, §2º, CPC terminou por prever que o valor integral da referida multa será devido ao exequente.

1.2 Duração razoável: o necessário equilíbrio entre celeridade e respeito às garantias fundamentais do processo

Uma decisão judicial precisa atender a três requisitos para ser conforme ao Direito: primeiro, deve estar baseada em uma averiguação adequada dos fatos jurídicos; segundo, deve estar fundada em norma jurídica corretamente escolhida, de acordo com as circunstâncias fáticas do caso concreto; e terceiro, deve ser precedida de um procedimento legal que respeite todas as garantias fundamentais do processo²². Assim, nenhuma decisão imediata será conforme ao Direito.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 460.260/SP, ReL. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 03/11/2015, DJe 12/11/2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 maio 2015 "[...] 2. Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, a multa prevista no art. 461 do Código de Processo Civil não faz coisa julgada material, podendo ser revista a qualquer tempo, tanto em virtude da modificação da situação fática que ensejou sua cominação quanto para o atendimento do princípio da proporcionalidade, com vistas a evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes."

²¹ BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

²² TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. Disponível em: <<http://www.dirittosuweb.com/aree/rubriche/record.asp?idrecord=594&cat=19>>. Acesso em: 26 maio 2016: "*La teoria della decisione giusta che qui si propone si fonda sul presupposto che non esista un singolo ed unico criterio idoneo a costituire il punto di riferimento per le valutazioni attinenti alla giustizia della decisione giudiziaria. Piuttosto, sembra necessario far capo ad un insieme di tre criteri: solo dalla loro combinazione potrà scaturire uno schema di valutazione che consente di determinare se e quando la decisione è giusta. Come si vedrà meglio in séguito, allora, la giustizia della decisione assume la forma di un algoritmo che ricomprende e collega tre ordini di valori. I tre criteri ai quali si allude sono i seguenti: a) correttezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione.*" Cf., ainda, GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, ano VII, n.º 14, p. 9-68, abr/1.. 2002. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1/2>>. Acesso em: 26 maio 2016.

O processo deve durar o tempo necessário para que todas as garantias fundamentais do processo sejam respeitadas, notadamente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A garantia da duração razoável do processo impõe o necessário equilíbrio entre a celeridade da tramitação do processo e o respeito às referidas garantias. Se, por um lado, veda o desperdício de tempo, por outro proíbe a rapidez excessiva²³.

A garantia do devido processo legal impõe aos órgãos jurisdicionais o respeito ao procedimento previsto em lei²⁴. Além disso, constitui uma síntese de todas as demais garantias fundamentais do processo²⁵. O contraditório é o direito das partes de influir eficazmente na decisão judicial por meio de alegações de fato e de direito. A ampla defesa constitui o direito das partes "de defender-se provando", isto é, de "produzir todas as provas que possam ser úteis à defesa de seus interesses"²⁶.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 97: "O direito à duração razoável do processo não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual. A natureza necessariamente temporal do processo constitui imposição democrática, oriunda do direito das partes de nele participarem de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para organização do processo justo ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito a um processo célere. O que a Constituição e o novo Código determinam é a eliminação do tempo patológico - a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. O direito ao processo justo implica direito ao processo sem dilações indevidas, que se desenvolva temporalmente dentro de um tempo justo.". CABRAL, Antonio do Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de Novo Código de Processo Civil**. In: DANTAS, Bruno et al (Org). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: *Juspodivm*, 2013, p. 79-81.

²⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de Novo Código de Processo Civil**. In: DANTAS, Bruno et al (Org). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: *Juspodivm*, 2013, p. 80: "o respeito ao devido processo legal exige o respeito ao encadeamento de atos processuais previsto em lei, uma garantia sem tamanho dos indivíduos de que todos devem saber aprioristicamente, caso sejam processados para supressão de sua liberdade ou de seus bens, que o procedimento a ser seguido será aquele estabelecido na norma, e não outro escolhido ao talante do julgador do momento; que o litigante disporá de tais e quais meios de prova, ou que o prazo para recorrer será daqueles exatos dias segundo o fixado na legislação, e não um prazo menor, definido caso a caso".

²⁵ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, ano VII, n.º 14, p. 9-68, abril. 2002. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1/2>>. Acesso em: 26 maio 2016.

²⁶ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 513-518. Cf., ainda, GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 106-107.

1.3 A garantia da duração razoável do processo no Direito internacional e estrangeiro

A garantia da duração razoável do processo foi expressamente consagrada em diversos tratados internacionais de Direitos Humanos, como, por exemplo: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (arts. 7, §5º, e 8, §1º)²⁷, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6º, §1º)²⁸; e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 47, §2º)²⁹.

A 6ª Emenda da Constituição norte-americana consagrou a cláusula do "*speedy trial*" que assegura ao acusado em processo penal o direito a um julgamento rápido e público³⁰.

A garantia da duração razoável do processo foi consagrada pelo art. 20, §§ 4º e 5º, da Constituição da República Portuguesa³¹ e pelos art. 2º, §1º, e pelo art. 6º, §1º, do Código de Processo Civil Português de 2013.

²⁷ "Artigo 7. Direito à liberdade pessoal 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. [...]. Artigo 8. Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza". ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 04 jun. 2016.

²⁸ "ARTIGO 6º Direito a um processo equitativo 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça". CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

²⁹ "Artigo 47º Direito à ação e a um tribunal imparcial [...] Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. [...]". UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

³⁰ A 6ª Emenda da Constituição norte-americana estabelece que: "*Article [VI] (Amendment 6 - Rights of Accused in Criminal Prosecutions) In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence*". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE. Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. Disponível em: <<http://constitutionus.com/>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

³¹ "Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva [...] 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos

Com a vigência Lei Constitucional n. 2, de 23 de novembro de 1999, o art. 111, §2º, da Constituição Italiana, passou a consagrar expressamente o direito à duração razoável do processo³². O art. 175, §1º, CPC italiano estabelece que: "o juiz instrutor exerce todos os poderes destinados ao mais rápido e leal desenvolvimento do procedimento"³³.

Assim, podemos constatar que o princípio da duração razoável do processo é reconhecido como um direito humano fundamental em todo o mundo ocidental.

1.4 A garantia da duração razoável do processo no Direito brasileiro

A garantia da duração razoável do processo decorre das garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LV, CRFB/1988) e do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/1988)³⁴.

direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos". PORTUGAL.. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

³² ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em: 04 out. 2017: "Art. 111. [...] *Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.*".

³³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 97, p. 330, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67551/70161>>. Acesso em: 10 jun. 2016. ITÁLIA. Codice di procedura civile. Disponível em: <<http://www.altalex.com/>>. Acesso em: 11 jun. 2016: "Art. 175. (*Direzione del procedimento*) *Il giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento.*".

³⁴ DIDIER JÚNIOR Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: *Juspodivm*, p. 94. MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 44-45: "[...] a garantia de razoável duração do processo constitui desdobramento do princípio estabelecido no art. 5º, XXXV da CF/1988 [...]". THEODORO JR., Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 682-683: "E de observar que a duração razoável não foi propriamente introduzida em nosso processo pela Emenda Constitucional n. 45. Já havia um consenso de que sempre esteve implícita na garantia do devido processo legal (CF, art. 5, LIV). Isto porque não se pode recusar à economia processual, em si mesma, a categoria de um dos princípios fundamentais do moderno processo civil, e, assim, a garantia de duração razoável do processo já seria uma garantia fundamental originariamente consagrada pela Constituição de 1988. Com efeito, por força do § 2º de seu art. 5º, os direitos e garantias fundamentais não são apenas os expressos nos diversos incisos daquela declaração, mas incluem, também, "outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Há um consenso, formado em antiga e sólida doutrina, de que não se pode entender por devido processo (ou justo processo) aquele que não se empenha numa rápida e econômica solução do litígio deduzido em juízo.". COMOGLIO, Luigi Paolo. **Ética e técnica del 'giusto processo'**. Torino: Giappichelli, 2004, p. 8: "Non potrà mai aversi un processo giusto, quale che sia il livello tecnico delle sue garanzie strutturali, se non esistano anche strumenti idonei ad assicurargli una durata media ragionevole, poiché, come tutti sanno, una giustizia colpevolmente 'ritardata' equivale da sé sola, senza mezzi termini, ad una giustizia sostanzialmente 'denegata'". Tradução: "Jamais se poderá ter um processo justo,

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujos arts. 7.5 e 8.1 consagram a garantia da duração razoável do processo, foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada na cidade de San José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Entrou em vigor, no plano internacional, no dia 18 de julho de 1978, conforme seu art. 74.2. A República Federativa do Brasil o assinou³⁵. O Congresso Nacional aprovou seu texto por meio do Decreto n.º 27, de 26 de maio de 1992, nos termos do art. 49, I, CRFB/1988. O Governo Federal depositou a carta de adesão à referida convenção em 25 de setembro de 1992. Por fim, o Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou e incorporou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, todas as etapas do procedimento de incorporação do tratado ao ordenamento jurídico nacional foram respeitadas³⁶. A referida convenção tem status infraconstitucional e supralegal, pois, apesar de versar sobre Direitos Humanos, não passou pelo procedimento previsto pelo art. 5º, §3º, CRFB/1988, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, tendo como fundamento de validade o art. 5º, §2º, CRFB/1988³⁷.

qualquer que seja o nível técnico das suas garantias estruturais, senão existirem também instrumentos idôneos a assegurar-lhe uma duração média razoável, já que, como todos sabem, uma justiça culpavelmente ‘retardada’ equivale, por si só, sem meio termo, a uma justiça substancialmente ‘denegada’”. (Tradução nossa).

³⁵ Cf. art. 84, VIII, CRFB/1988.

³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: *Juspodivm*, p. 94. THEODORO JR., Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 683: “por força do [...] § 2º do art. 5º da Constituição, a garantia de duração razoável do processo já estava incorporada ao ordenamento positivo brasileiro, porque figurava entre os direitos do homem previstos no Pacto de São José da Costa Rica, subscrito pelo Brasil (Dec. 678/1992) antes da Emenda Constitucional n. 45/2004.”.

³⁷ Nesse sentido, decidiu o STF: "EMENTA: HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser apontadas por lei, quebrando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional – à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º - , mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. 5. Ordem concedida". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94013, Rel.: Min. Carlos Britto, 1ª Turma, j. 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00267 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 155-159 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 390-396. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 jun. 2016. Em sentido contrário, Flávia Piovesan aduz que: "A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de

A garantia da duração razoável do processo foi consagrada, de forma expressa, pelo art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, nos seguintes termos: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". O referido dispositivo constitui cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, IV, CRFB/1988. Assim, não pode ser revogado por Emenda à Constituição.

A garantia da duração razoável do processo também foi consagrada pelo art. 4º, CPC, *in verbis*: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais". PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79-80. No mesmo sentido, DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: *Juspodivm*, p. 94.

2 DIREITO EVIDENTE EM RAZÃO DA LIQUIDEZ E DA CERTEZA: DIREITO LÍQUIDO E CERTO

A evidência do direito justifica “a tutela sumária não cautelar, de satisfatividade plena e por vezes irreversível”³⁸, mas o que faz um direito ser evidente?

O legislador tem o dever de atribuir os direitos às pessoas de forma clara, nas normas jurídicas. Por esta razão, no plano objetivo-normativo, todos os direitos são evidentes³⁹, a despeito das divergências que por vezes ocorrem entre os Tribunais quanto à interpretação dos textos jurídicos.

A questão sobre se o direito alegado pela parte é ou não evidente é feita no plano fático. Assim, direito evidente é aquele evidenciado ao juízo por meio das provas. Em outras palavras, haverá evidência caso as alegações sobre os fatos constitutivos do direito estejam provadas desde o momento do ajuizamento da ação. Sob o ponto de vista do direito material, o órgão jurisdicional não pode ter dúvida de que os fatos alegados e provados geram o direito pleiteado. Sob o ângulo processual, as provas apresentadas com a petição inicial tornam o direito insuscetível de contestação séria⁴⁰.

A tutela da evidência tem por fim redistribuir o ônus da espera pelo decurso do procedimento e para a obtenção de tutela definitiva, por meio do efetivo cumprimento de uma sentença transitada em julgado. Em regra, o autor ou o reconvinte somente poderá fruir de seu direito após o verdadeiro cumprimento pelo do réu ou pelo reconvindo da sentença transitada em julgado que reconhece o seu direito, mas caso apresente provas documentais ou documentadas dos fatos constitutivos de seu direito, juntamente com a petição inicial ou com

³⁸ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 311.

³⁹ Segundo FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 311: “[...] a evidência a que se refere a tese não se cinge no plano objetivo-normativo, por isso que, todos os direitos são evidentes, na medida em que se exige do legislador a fixação imune de dúvidas na tarefa atributiva das normas jurídicas.”.

⁴⁰ Segundo FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 311: “O problema se põe no plano fático sobre ser evidente ou não o direito demonstrado ao juízo através das provas, razão pela qual, quando se fala em direito evidente, diz-se direito evidenciado ao juízo através das provas. Esse caráter é um misto de atributo material e processual. Sob o ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.”.

a reconvenção, que demonstrem a alta probabilidade de que seu direito será reconhecido, após regular instrução probatória, poderá obter tutela imediata e provisória⁴¹.

O direito consubstanciado em título executivo extrajudicial é evidente. Por esta razão, o art. 785, CPC, confere ao jurisdicionado cujo direito está consignado neste tipo de título a opção de abrir mão do processo de execução e, ao invés, ajuizar ação de conhecimento, a fim de obter uma sentença que reconheça seu direito. Neste caso, se optar pelo procedimento comum e utilizar o título executivo extrajudicial como prova documental, poderá obter a tutela da evidência, com base no art. 311, CPC. Mas o autor também pode buscar a formação do título executivo judicial por meio da ação monitória, que visa a tutelar o direito evidente por meio da “expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer” (arts. 700 a 702, CPC). Neste caso, o título executivo extrajudicial fará as vezes da “prova escrita”. Da mesma forma, o autor pode escolher impetrar mandado de segurança, utilizando o título executivo extrajudicial como prova documental pré-constituída.

O direito “líquido e certo”, que pode ser protegido por mandado de segurança, é aquele cujas existência, extensão e eficácia podem ser provadas, de forma exclusiva, por documento pré-constituído, sendo, portanto, evidente⁴². Assim, o direito é líquido e certo quando seus fatos geradores, abstratamente previstos por norma jurídica, podem ser provados através de documento pré-constituído⁴³. Não podem ser utilizados no processo do mandado de

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 618, aduz que o objetivo da tutela da evidência “[...] é redistribuir o ônus que advém do tempo necessário para transcurso de um processo e a concessão de tutela definitiva. Isso é feito mediante a concessão de uma tutela imediata e provisória para a parte que revela o elevado grau de probabilidade de suas alegações (devidamente provadas), em detrimento da parte adversa e a improbabilidade de êxito em sua resistência – mesmo após uma instrução processual.”. No mesmo sentido, BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela da evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 132, afirma que: “[...] considera-se tutela da evidência a técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável ou impossível o sucesso do réu após o transcurso da fase instrutória do processo.”.

⁴² FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 313: “[...] é evidente o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo [...]”.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37: “[...] direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto em sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. Quando a lei alude a ‘direito líquido e certo’, está exigindo que este direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo,

segurança outros meios de prova que não o documental, ainda que documentados. Assim, o depoimento de uma testemunha reduzido a escrito, ainda que tomado no âmbito de um processo administrativo⁴⁴ ou de outro processo judicial ou sob a forma de escritura pública declaratória não pode ser utilizado para provar os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo impetrante do mandado de segurança. O mesmo pode ser dito em relação ao laudo da perícia produzida no âmbito de outro processo judicial ou administrativo. A prova emprestada somente será admitida se for documental. A restrição se justifica, pois o art. 6º, caput, Lei n.º 12.016/2009 se refere expressamente a "documentos"⁴⁵. Por outro lado, caso o autor pudesse fazer uso da prova testemunhal ou pericial documentada, haveria um desequilíbrio entre as partes no que se refere ao exercício da ampla defesa, pois nem a autoridade coatora nem a pessoa jurídica que esta integra teriam oportunidade de influir na produção da prova testemunhal ou pericial, fazendo perguntas à testemunha ou ao perito, tampouco poderiam produzir prova testemunhal ou pericial capaz de infirmar a prova documentada apresentada pelo autor. Pouco importa se a pessoa jurídica ré teve oportunidade de fazer perguntas à testemunha ou ao perito no processo administrativo ou judicial onde a prova foi produzida, pois a mesma não terá oportunidade de fazê-lo no

para fins de segurança. O conceito de 'liquidez e certeza' adotado pelo legislador é impróprio – e mal expresso – alusivo à precisão e comprovação do direito quando deveria aludir a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.”. Nesse mesmo sentido, Mauro Luís Rocha Lopes afirma que: “passível de proteção mediante mandado de segurança será o direito escorado em fatos evidenciados de plano, mediante prova pré-constituída, uma vez que o rito especial da Lei 12.016/2009 não comporta dilação probatória?”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (Coord.). **Mandado de segurança individual e coletivo: Lei 12.016/2009 comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 30.

⁴⁴ Em sentido contrário, reconhecendo a possibilidade da utilização de depoimento de testemunha tomado em processo administrativo, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS n.º 17.479/DF da Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 28/11/2012, DJU 05/06/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2015.

⁴⁵ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 192-194: "No mandado de segurança fica afastada, em regra, a fase de instrução probatória. Por isso, em princípio deve o impetrante fazer prova quando da propositura da demanda, o que conduz à utilização unicamente da prova documental no âmbito do mandado de segurança. Ademais, não se trata da apresentação de qualquer documento, mas daqueles que sejam suficientes à configuração do fato constitutivo do direito autoral. Contudo, apesar de ser o documento o meio de prova que tradicionalmente pode ser utilizado no *mandamus*, a Lei n. 12.016/09 não responde se é cabível a produção pré-constituída de prova documentada. Há precedentes nos tribunais admitindo, no âmbito do Mandado de Segurança, o uso de prova documentada, ou seja, aquela que originalmente não era documento, mas foi reduzida a tal. Por exemplo, o impetrante junta à sua inicial cópias de processo administrativo disciplinar em que foram ouvidas algumas testemunhas, tudo reduzido a escrito. Entretanto, esse não parece ser o melhor entendimento. O objetivo da exigência da prova do direito líquido e certo é evitar a utilização de meio de prova distinto do documental, sendo que o *caput* do art. 6º Lei n. 12.016/09 é claro ao mencionar apenas a apresentação de documentos. Assim, por exemplo, o uso, exemplificativamente, de evidência testemunhal reduzida a escrito parece configurar uma burla à limitação probatória de tal procedimento".

processo do mandado de segurança⁴⁶. Contudo, a decisão proferida em processo administrativo, reconhecendo ao impetrante determinado direito subjetivo, constitui documento hábil a ensejar a propositura de mandado de segurança.

O atestado por meio do qual determinado médico afirma que seu paciente precisa de determinado medicamento não pode ser utilizado como prova em processo de mandado de segurança, pois não substitui a prova pericial que deve ser produzida no processo onde se discute a necessidade daquele medicamento⁴⁷. A perícia deve ser realizada para que a pessoa jurídica ré e a autoridade coatora tenham oportunidade de influir na produção da prova, apresentando quesitos ao perito.

A ata notarial (art. 384, CPC) não pode substituir a prova documental para fins de impetração de mandado de segurança, pois é lavrada por tabelião e não por agente da pessoa jurídica ré. Enquanto o documento hábil a ensejar a propositura da ação do mandado de segurança foi redigido por agente da entidade impetrada, que ao fazê-lo, reconheceu como existentes os fatos jurídicos geradores do direito subjetivo do impetrante, a ata notarial foi elaborada por um tabelião que não faz parte do quadro de servidores da pessoa jurídica ré.

Nas hipóteses excepcionais em que a norma jurídica pode ser objeto de prova⁴⁸, esta também deve ser feita por meio de documento pré-constituído, para que o impetrante possa

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 36, observa que: "A prática apresenta o caso em que o impetrante do mandado de segurança procura demonstrar a existência do 'direito líquido e certo' através de prova testemunhal ou pericial realizada antecipadamente. Entretanto, o direito líquido e certo não pode ser demonstrado através dessas provas, não apenas porque tais provas não constituem prova documental (porém apenas prova documentada), mas especialmente porque se a prova testemunhal for admitida como suficiente para a demonstração de "direito líquido e certo" ocorrerá lesão ao direito de defesa, à medida que o réu não tem oportunidade de produzir prova para contrapor à prova antecipadamente realizada pelo autor, pois só pode se valer de prova documental. Note-se que garantir participação na formação da prova (pericial ou testemunhal) nada tem a ver com o direito de produzir prova. Assim, são completamente destoantes dos princípios as decisões que admitem mandado de segurança com base em 'produção antecipada de prova'. Talvez o equívoco na admissão de prova antecipada em mandado de segurança seja derivado da falta de definição dos conceitos de "prova documentada" e 'prova documental' [...]"

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 30.746/MG da Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 27 nov. 2012, DJU 06/12/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2015. No mesmo sentido, RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 193.

⁴⁸ A respeito, o art. 337 CPC/1973 estabelece que: "Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz". GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 97-98: "O direito subjetivo é uma situação de vantagem que resulta de algum fato. Daí o conhecido brocardo: "dá-me os fatos que te darei o direito" (*da mihi factum dabo tibi jus*). Então, como regra geral, provam-se os fatos, porque o direito não depende de prova, já que o juiz o conhece (*jura novit curia*). Entretanto, em alguns casos, o direito também precisa ser provado. Nessas hipóteses excepcionais, portanto, não é um acontecimento do mundo ou da vida que vai ser o objeto da prova, mas sê-lo-á a norma que rege a realidade da vida e que o próprio juiz pode não conhecer, demandando que sejam trazidos dados, elementos que demonstrem que a referida norma existe e que está em vigor. Essas normas que podem ser objeto de prova são as do direito estrangeiro, do direito costumeiro,

defender seu direito por meio de mandado de segurança. Assim, por exemplo, caso pleiteie direito que lhe confere determinada cláusula de contrato administrativo, o impetrante deverá juntar à sua petição inicial cópia do referido contrato ou, caso isso não seja possível, deverá pedir ao juízo que determine a exibição do mesmo à Administração Pública.

Trata-se, portanto, de direito evidente, do ponto de vista probatório⁴⁹.

O direito do impetrante também é "líquido e certo" quando seus fatos constitutivos são incontroversos⁵⁰. Entretanto, o impetrante deve fazer referência, em sua petição inicial, a documento(s) onde a Administração Pública reconhece que os fatos narrados na exordial efetivamente ocorreram. O autor deve ainda, sempre que possível, anexar tal documento à sua petição inicial, mas caso este "se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro", o impetrante deverá informar o juiz de tal fato para que este ordene, preliminarmente, por ofício, sua exibição em original ou em cópia autêntica, no prazo de 10 (dez) dias. Assim, não se aplica ao procedimento especial do mandado de segurança o art. 344, CPC, segundo o qual, "se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor"⁵¹.

do direito local e do direito singular. Nesse sentido estabelece o art. 337 do Código de Processo Civil [...]. Assim, o juiz de direito da comarca da capital do Rio de Janeiro precisa conhecer o direito nacional, o direito daquele Estado e do Município do Rio de Janeiro. Se para julgar a causa for preciso aplicar, por exemplo, a lei de outro município do Estado do Rio de Janeiro e não tiver meios próprios de acesso ao conhecimento da norma em vigor, poderá exigir que a própria parte interessada demonstre o seu teor e a sua vigência. Prova-se o direito local através de documentos autênticos, idôneos, como a juntada de cópia do diário oficial do município ou do Estado que publicou a lei que se pretende aplicar ou, se a lei é antiga e há incerteza quanto à sua vigência, através de parecer de jurista, de acórdão de tribunal, de ato administrativo ou qualquer outro meio confiável. [...] A legislação estrangeira é provada da mesma forma que o direito local, através de textos ou publicações oficiais ou outros meios idôneos.”.

⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34-35, aduzem que a expressão “direito líquido e certo”: “deve ser interpretada sistemática e finalisticamente: o ato considerado ilegal ou abusivo é aquele que pode ser demonstrado de plano, mediante prova meramente documental. Tutela-se um direito evidente. Caso exista a necessidade de cognição profunda para a averiguação da ilegalidade ou prática do abuso, a situação não permitirá o uso da via estreita do mandado de segurança.”.

⁵⁰ ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de segurança**. 5. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 28.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS n.º 929/SE da Segunda Turma, Rel. Ministro José de Jesus Filho, j. 20/05/1991, DJ 24/06/1991, p. 8623. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 dez. 2015: "Mandado de segurança. Prova do direito líquido e certo. Por sua natureza, nas ações de mandado de segurança, com a inicial deve o impetrante fazer prova indiscutível, completa e transparente de seu direito líquido e certo. Não é possível trabalhar a base de presunções. recurso conhecido mas desprovido."

Eventual controvérsia existente na doutrina ou na jurisprudência sobre a interpretação da norma jurídica em que se baseia o direito subjetivo alegado não impede que sua proteção seja pleiteada por meio de processo de mandado de segurança⁵².

A exigência de direito líquido e certo para o ajuizamento de mandado de segurança impede o juízo de atribuir à pessoa jurídica ré ou à autoridade coatora o ônus de provar a inexistência dos fatos constitutivos do direito do autor, dinamizando o ônus da prova à luz do art. 373, §1º, CPC, ou invertendo-o com base no art. 6º, VIII, Lei n.º 8.078/1990⁵³. Caso o juiz entenda ser necessária a distribuição dinâmica do ônus da prova ou a sua inversão, deverá intimar o autor a emendar a petição inicial para adaptá-la ao procedimento comum, em quinze dias, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, tendo em vista o disposto no art. 321, CPC.

Ao exigir que o autor apresente prova documental pré-constituída de seu direito subjetivo, o art. 5º, LXIX, da CRFB/1988, e o art. 1º, Lei 12.016/2009, excluíram, em regra, a instrução probatória do processo do mandado de segurança. Contudo o art. 6º, §1º, Lei 12.016/2009 estabeleceu como única exceção a esta regra o dever do Estado e de terceiro de exhibir em juízo documento que se ache em seu poder⁵⁴.

⁵² Nesse sentido, Mauro Luís Rocha Lopes observa que: “A interpretação baseada na evolução histórica do instituto no Direito brasileiro revela que o mandado de segurança terá cabimento por mais complexa que se revele a discussão jurídica travada entre as partes. Nada impede que sejam decididas em mandado de segurança questões de alta indagação, a exemplo da alegação de inconstitucionalidade da lei que tenha fundamentado a prática do ato atacado. Com efeito, a expressão direito certo e incontestável, constante da Constituição de 1934 e abolida pelos posteriores ordenamentos, não pode servir de parâmetro para a exegese do requisito ora vigente (direito líquido e certo)”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (Coord.). **Mandado de segurança individual e coletivo**: Lei 12.016/2009 comentada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 30. No mesmo sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 625. Aprovada na Seção Plenária de 24/09/2003. DJ de 9/10/2003, p. 1. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 ago. 2014: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

⁵³ SILVA, Ronaldo Campos e. **Processo de mandado de segurança**. Niterói: Impetus, 2013, p. 85: “No bojo do mandado de segurança não é lícito ao juiz inverter o ônus da prova ou mesmo distribuí-lo equitativamente, a pretexto de preservar a paridade de armas e a igualdade substancial das partes litigantes. Uma medida de tal natureza desnaturaria por completo o procedimento do mandado de segurança, concebido à luz da cláusula que impõe o direito líquido e certo. Caso o juiz fique convencido de que a hipótese contida nos autos justifica a inversão do ônus probatório ou a sua distribuição equânime, deverá provocar as partes para que convertam o procedimento em ordinário, no curso do qual poderão desempenhar ampla atividade probatória”.

⁵⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 192: “[...] a ausência de fase instrutória contém uma exceção legal, sendo que o legislador não exceu outros casos. Trata-se do artigo 6º Lei 12.016/09: é a hipótese em que o jurisdicionado deseja impetrar o mandado de segurança, mas os documentos para a prova do fato constitutivo estão em posse de uma autoridade. Nesse caso, não há negligência do impetrante, admitindo a lei que ele proponha o *mandamus* sem esses documentos, requerendo que a autoridade que os detém seja intimada para apresentá-los em juízo. Se a detentora dos documentos for a própria autoridade coatora, o mandado de notificação já conterà a determinação para que seja exibida a evidência em juízo.”.

O direito líquido e certo constitui pressuposto específico de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 485, IV, CPC) do mandado de segurança. Assim, a sentença que indefere a petição inicial do mandado de segurança por falta de direito líquido e certo extingue o processo sem resolução do mérito⁵⁵.

Quando, ao despachar a petição inicial do mandado de segurança, o magistrado verificar que esta não foi instruída com os documentos necessários à prova do direito subjetivo alegado pelo autor, pretensamente líquido e certo, deverá, em atenção aos princípios do acesso ao direito por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988), do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988), e da cooperação (art. 6º, CPC), determinar que o impetrante emende a petição inicial para adaptá-la ao procedimento adequado ou para apresentar os documentos que provem os fatos constitutivos de seu alegado direito subjetivo, em 15 dias, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito, tendo em vista o disposto no art. 321, CPC⁵⁶.

⁵⁵ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 221: "O direito líquido e certo no mandado de segurança (Constituição, art. 5º, inciso LXIX) diz respeito à desnecessidade de dilação probatória para elucidação dos fatos em que se fundamenta o pedido. Trata-se de pressuposto processual objetivo (adequação do procedimento) que não subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas invalida a sua busca através da via do mandado de segurança." RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 196: "[...] a ação é garantia constitucional fundamental, não devendo sofrer restrições indevidamente. Ademais, a falta de provas não deve ser empecilho a um direito fundamental, mas está ligada ao desenvolvimento da relação processual. No entanto, ainda que se adote a primeira posição, vê-se que se entende em geral que, caso falte prova do direito líquido e certo, o magistrado sequer vai entrar no mérito, pois não poderá analisar a pretensão do impetrante. Portanto, não se aplica ao mandado de segurança a regra de que será julgado o mérito do pedido pela improcedência, caso não existam evidências do fato constitutivo, pelo não cumprimento do ônus da prova [...]. Assim, cuida-se de hipótese de extinção do processo sem exame do mérito." CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 508: "Na verdade, somente se revela adequado o mandado de segurança se o direito se apresentar líquido e certo. Não havendo direito líquido e certo, não será cabível o writ. Haverá, noutros termos, inadequação da via eleita. Logo, o direito líquido e certo consiste num requisito processual para a validade da instauração do procedimento. Ausente direito líquido e certo, haverá de ser extinto o mandado de segurança sem resolução do mérito, facultando-se à parte o uso do procedimento comum. O direito líquido e certo, como se viu, somente está presente se houver prova pré-constituída. Havendo necessidade de dilação probatória, não há direito líquido e certo, sendo incabível o mandado de segurança. [...] Em sentido técnico, direito líquido e certo significa, como se viu, comprovação documental e pré-constituída dos fatos alegados, demonstrando-se, logo com a petição inicial, a ilegalidade ou abusividade do ato praticado pela autoridade coatora. Não havendo tal comprovação de plano e sendo necessária a dilação probatória, descabe o mandado de segurança, por falta de um pressuposto processual específico." Note-se que, em edição anterior do mesmo livro, este autor sustentava que: "[...] o direito líquido e certo compõe o interesse de agir, integrando as condições da ação." CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 488. Em sentido diverso, Mauro Luís Rocha Lopes defende que o direito líquido e certo constitui "condição específica e constitucional da ação". MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). **Mandado de segurança individual e coletivo**: Lei 12.016/2009 comentada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 34.

⁵⁶ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 197: "Em que pese a celeridade do procedimento do mandado de segurança, elaborada em favor do administrado, o sistema processual pátrio admite a tentativa de correção dos vícios processuais, para evitar a extinção do processo sem resolução do mérito. Ademais, cumpre salientar que o artigo 321 CPC de 2015 admite a emenda da petição inicial que não cumpra algum dos requisitos legais, o que pode ser aplicado à verificação

Caso o autor venha a apresentar os documentos necessários, o processo do mandado de segurança prosseguirá normalmente. Se adaptar sua petição inicial ao procedimento adequado, o processo prosseguirá por este, devendo o juiz declarar quais atos processuais praticados no procedimento inadequado são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados. Todos os atos praticados no procedimento inadequado que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados naquele adequado. Esta é a solução prevista pelo art. 700, §5º, CPC, para a ação monitória ajuizada sem prova documental idônea, que deve ser analogicamente aplicada ao procedimento do mandado de segurança.

Caso a Fazenda Pública venha a arguir que o documento apresentado pelo autor como prova dos fatos constitutivos de seu direito é falso, o juiz deve permitir que esta prove o alegado por todos os meios idôneos. Neste caso, eventual produção de prova pericial ou testemunhal não rompe com a natureza documental do procedimento do mandado de segurança, pois a prova incidirá sobre a alegada falsidade e não sobre fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Trata-se de restrição razoável à celeridade do processo que tem por objetivo salvaguardar a segurança jurídica⁵⁷.

liminar pelo magistrado da ausência de evidências do fato constitutivos do direito no *mandamus*, mas que não pode ocorrer no curso do processo.". No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.297.948/MG da Segunda Turma, j. 17/11/2011, DJU 28/11/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 dez. 2015.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 36-38, observa que: "[...] no caso de o documento ser apontado como falso, é possível pensar: (a) na impossibilidade de o juiz apreciar o mérito, por ausência de direito líquido e certo; (b) na possibilidade de o juiz desconsiderar a alegação da autoridade coatora e julgar o mérito; e (c) na admissão da produção de prova tendente à demonstração da existência da falsidade. A primeira alternativa não merece maiores considerações. Ora, se bastasse a autoridade coatora afirmar a falsidade do documento para o juiz estar impedido de julgar o mérito, estaria aberto o caminho para a inefetividade do mandado de segurança. Seria lícito, no entanto, admitir a possibilidade de uma eventual "injustiça" para a preservação da efetividade da via do mandado de segurança, já que a sentença fundada em prova falsa pode ser objeto de ação rescisória? Alguém poderia supor, de fato, que o caso seria de reserva de exceção, ou seja, que a arguição da falsidade somente poderia ser feita em ação inversa subsequente, precisamente a ação rescisória. Perceba-se, contudo, que impedir a produção da prova sobre o documento apontado como falso significa restrição à cognição no sentido vertical (ou ao aprofundamento da cognição), quando estaria sendo admitida uma sentença de cognição sumária com força de coisa julgada material. De modo que a opção correta é admitir a investigação da falsidade. A objeção seria de que o procedimento estaria sendo desnaturado e alargado. Porém, o procedimento não estará sendo desnaturado, já que a prova, por óbvio, não terá por objeto o fato que o documento pretende representar, mas a própria idoneidade do documento. Vale dizer: o procedimento continuará com a sua natureza documental intocada. Por outro lado, a questão do prejuízo com o alargamento do procedimento implica a consideração da eterna problemática posta pelo binômio 'celeridade-segurança'. Neste caso, seria dada prioridade ao valor segurança em detrimento do valor celeridade apenas em razão da viabilidade da concessão de liminar no procedimento do mandado de segurança. Demais, as provas requeridas por abuso poderiam ter resposta na imposição de pena por litigância de má-fé".

É praxe na linguagem forense – e aparece até mesmo em textos normativos – afirmar-se, em qualquer caso no qual não se tenha julgado procedente o pedido formulado pelo impetrante, que se proferiu sentença denegatória. Essa prática, porém, torna difícil, muitas vezes, saber em que casos houve ou não a resolução do mérito da causa⁵⁸.

Caso a controvérsia existente no processo do mandado de segurança seja unicamente de direito ou, “sendo de direito e de fato, a prova documental produzida for suficiente para apurar a verdade, a restrição probatória não terá prejudicado a cognição exauriente e a coisa julgada se produzirá plenamente”. Se, no entanto, “a prova documental não for suficiente”, os arts. 6º, §6º, e 19, Lei 12.016/2009 determinam “que o juiz deixe de resolver o mérito da pretensão do impetrante, denegando a segurança, o que implica em extinguir o processo sem resolução do mérito e, portanto, sem a formação da coisa julgada”. Assim, “a mesma pretensão” pode “ser novamente veiculada em outro processo”. Caso não tenha decorrido, ainda, o prazo decadencial de 120 dias, a pretensão poderá ser renovada por meio de outra ação de mandado de segurança ou por meio de ação ordinária. Se a decadência do mandado de segurança já se houver verificado, o autor ainda poderá renovar seu pedido por meio do procedimento comum. É correta a orientação adotada no direito brasileiro quanto à inexistência de coisa julgada, neste caso⁵⁹.

⁵⁸ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 221.

⁵⁹ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. X, p. 299-300, jul./ dez. 2012. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 12 mar. 2014. Nesse mesmo sentido, Mauro Luís Rocha Lopes observa que: “Constatada a inexistência de direito líquido e certo, condição específica e constitucional da ação, o caso será de carência de ação a ensejar a extinção do processo sem a apreciação do mérito, na forma do art. 267 do CPC - devendo o julgador denegar a segurança, de acordo com a determinação do art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009 -, o que não impedirá a propositura de ação pelo rito ordinário ou até mesmo de novo mandado de segurança, instruído com novas provas, se o prazo de 120 dias (art. 23 da Lei 12.016/2009) ainda estiver em curso. É o que preceitua a Lei 12.016/2009, no art. 6º, § 6º, ao estabelecer que “o pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (Coord.). **Mandado de segurança individual e coletivo**: Lei 12.016/2009 comentada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 34. Segundo BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36, 37, 88-90: “A decisão proferida no mandado de segurança nos moldes do art. 269, I, CPC/1973, as chamadas ‘autênticas sentenças de mérito’, faz coisa julgada (material), tenha acolhido ou rejeitado, no todo ou em parte, o pedido do impetrante. Não prevaleceu entre nós a doutrina de Luis Eulálio de Bueno Vidigal, que, mesmo sob a égide Lei n. 1.533/1951, sustentava, sob inspiração carnelluttiana, ser o mandado de segurança ‘processo parcial’, e, por isso, incapaz de resolver, com ânimo de definitividade, todas as questões decorrentes do ato impugnado. O mandado de segurança não é e não pode ser tratado como ‘ação sumária’ (ou ‘processo sumário’), assim entendida aquela em que o magistrado profere decisões independentemente da formação de cognição exauriente. O procedimento breve (sumário) do mandado de segurança, aliado à impossibilidade de produção de outras provas além daquelas que devem acompanhar a petição inicial, não conduz ao proferimento de uma sentença tomada com base em cognição sumária. No mandado de segurança, a decisão final, de mérito, é proferida com esteio em cognição exauriente e, por isso, é capaz de transitar em julgado. O procedimento sumário do mandado de segurança, destarte, não afeta a qualidade e a profundidade da cognição a ser desenvolvida pelo órgão julgador, que será exauriente e, portanto, apta a transitar materialmente em julgado. [...] Sendo rejeitado o pedido do impetrante, julgados os recursos interpostos ou desde que não interpostos e superado o reexame necessário

A coisa julgada está vinculada à cognição exaustiva, pois tem por fim garantir a segurança jurídica. Entretanto, sempre que o processo do mandado de segurança for extinto sem julgamento do mérito por ausência de prova documental pré-constituída, a reiteração do mandado de segurança dentro do prazo do art. 23, Lei 12.016/2009 deve ser facultada, sempre que houver nova prova documental, devendo o legislador “prever essa possibilidade e os requisitos da sua ocorrência”⁶⁰.

É preciso deixar claro que a sentença que extingue o processo do mandado de segurança sem julgamento do mérito por falta de direito líquido e certo não faz coisa julgada material, permitindo o ajuizamento de novo mandado de segurança dentro do prazo

previsto pelo art. 14, § 1º, Lei n. 12.016/2009, a decisão respectiva é alcançada pela coisa julgada material, isto é, ela se torna imutável, inquestionável perante as partes e perante o próprio Poder Judiciário, vedando, conseqüentemente, a impetração de mandado de segurança ou qualquer outra ‘ação’ para discutir aquele mesmo pedido à luz da mesma causa de pedir entre as mesmas partes. [...] O CPC/1973 procurou ser rigoroso na relação entre ‘mérito’ e ‘coisa julgada material’. Só faz coisa julgada material a decisão de mérito, que, para o sistema do Código, é sinônimo de lide. É o que está claramente evidenciado no seu art. 468: ‘A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas’. Assim sendo, somente as sentenças que apreciam o mérito — a ‘lide’, de acordo com o sistema do Código — fazem coisa julgada material. Não as demais. Por coisa julgada material deve ser entendida a qualidade de imutabilidade que se agrega ao comandado da decisão. Isto é: a impossibilidade de rediscussão daquela mesma matéria em nova ação perante qualquer juízo. Sentenças que julgam o mérito são aquelas arroladas no art. 269, CPC/1973. Diferentemente, todas as sentenças que tenham como conteúdo uma das matérias do art. 267, CPC/1973 extinguem o processo sem resolução de mérito. Não fazem coisa julgada material e, conseqüentemente, não adquirem foros de imutabilidade ao longo do tempo, não vinculando as partes e nem o próprio Estado-juiz. Essa distinção é fundamental para compreender o alcance dos arts. 6º, §6º, e 19 Lei n. 12.016/2009. Havendo apreciação do mérito do mandado de segurança, reconhecendo-se ou não a existência do direito afirmado violado ou ameaçado pelo impetrante — a existência, ou não, da ilegalidade ou da abusividade do ato coator —, a decisão respectiva faz coisa julgada material. E faz inclusive porque a decisão a ser proferida toma como base o desenvolvimento de ‘cognição exauriente’ pelo magistrado. Decidindo-se o mérito do mandado de segurança, seja para reconhecer a lesão ou a ameaça reclamada pelo impetrante, seja para negá-la, não há mais possibilidade de a mesma questão, esgotadas as vias recursais — transitada materialmente em julgado a decisão final, portanto —, vir a ser reapreciada perante o Judiciário, em mandado de segurança ou em qualquer outro ‘processo’. Ultrapassado o prazo de dois anos para a propositura de eventual ‘ação rescisória’ - desde que a decisão final do mandado de segurança contenha um ou mais dos vícios do art. 485 do Código de Processo Civil —, fecha-se, por completo, a possibilidade de rediscussão daquela pretensão. Essa impossibilidade de rediscussão da matéria perante qualquer juízo por intermédio de qualquer outra “ação” é o que caracteriza a coisa julgada material, nítida decisão política de não permitir a indefinição da solução dos litígios. As decisões proferidas no âmbito do mandado de segurança têm aptidão para revestir-se de coisa julgada material toda vez que enfrentarem o mérito, isto é, o pedido do impetrante, com cognição exauriente. É indiferente que a decisão seja favorável ou desfavorável ao impetrante, importando apenas que ela seja de mérito, proferida com base em cognição exauriente. O art. 19 Lei 12.016/2009 faz expressa ressalva no sentido de que a decisão que não transitar em julgado não prejudica as ‘ações próprias’. Assim, o reconhecimento de que o impetrante não possui ‘direito líquido e certo’ não inibe que ele busque tutela jurisdicional sobre a mesma afirmação de direito por outra ‘ação’ em que se possa produzir a prova que o “modelo constitucional” do mandado de segurança veda. Em suma: toda vez que o direito afirmado pelo impetrante não for reconhecido pelo Estado-juiz, proferindo-se, portanto, decisão de mérito desfavorável a ele, forma-se coisa julgada material, e o impetrante não pode, por outro mandado de segurança e por nenhuma outra ‘ação’, pleitear aquele mesmo direito por aqueles mesmos motivos em face daquele(s) mesmo(s) réu(s). É este o papel que a coisa julgada material desempenha na qualidade de ‘pressuposto processual negativo”.

⁶⁰ GRECO, Leonardo. Por um novo mandado de segurança: retorno à origem?. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XI, p. 276, jan./ jun. 2013. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 03 mar. 2014.

decadencial de 120 dias, desde que o autor venha a tomar conhecimento de prova documental cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso. Com este fim, propomos o acréscimo de novo parágrafo §7º no art. 6º Lei 12.016/2009. Entretanto, é preciso sancionar a má-fé daquele que repropuser a demanda de mandado de segurança sem dispor de prova nova. Para isso, sugerimos a inclusão de um novel §8º no referido artigo.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 6º, § 7º - O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória basear-se em ausência de direito líquido e certo, desde que, depois desta, o autor tenha tomado conhecimento de prova documental cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso. §8º O autor que renovar o pedido de mandado de segurança sem especificar, na petição inicial, prova documental nova, será condenado a pagar multa correspondente a 2% do valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

O art. 19, Lei 12.016/2009 não é suficientemente claro, pois parece referir-se, tão somente, às sentenças terminativas baseadas no art. 485, CPC e não à sentença que denega o mandado de segurança por ausência de direito líquido e certo. Assim, propomos o aperfeiçoamento do art. 19, Lei 12.016/2009, nos seguintes termos:

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.	Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, ou que se basear em ausência de direito líquido e certo, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

3 AS ORIGENS DO MANDADO DE SEGURANÇA E A HISTÓRICA PREOCUPAÇÃO COM A SIMPLICIDADE E A CELERIDADE DO PROCEDIMENTO

O mandado de segurança foi influenciado por alguns institutos jurídicos que o precederam⁶¹. A origem mais remota do mandado de segurança no direito lusitano encontra-se nas “seguranças reais”, previstas, primeiramente, no Livro III, Título CXXII, das Ordenações Afonsinas⁶², posteriormente, no Livro V, Título L, das Ordenações Manuelinas⁶³ e, por fim, no Livro V, Título CXXVIII, das Ordenações Filipinas⁶⁴⁻⁶⁵.

⁶¹ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. v. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25: “O mandado de segurança é uma criação do direito brasileiro. Ao formularmos esta assertiva, não intentamos dizer que esse instituto foi elaborado por um jurista ou uma comissão de juristas, reunidos num gabinete de trabalho, tirando-o do nada através de um processo de lucubração mental para dar-lhe estrutura e vida e defini-lo como remédio apto e eficaz à tutela de direito líquido e certo violado ou ameaçado de violação por ato de autoridade eivado de ilegalidade ou abuso de poder. O direito mui raramente nasce por essa forma. De modo geral ele emerge das profundezas das camadas sociais, revelando-se mediante um processo dialético de convivência dos homens em sociedade, a fim de defender os mais fracos contra o arbítrio dos mais poderosos.”.

⁶² PORTUGAL. Ordenações Afonsinas. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

⁶³ PORTUGAL. Ordenações Manuelinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

⁶⁴ O Título CXXVIII, do Livro V, das Ordenações Filipinas dispõe o seguinte. “Das Seguranças Reaes. Seguranca Real geralmente se chama a que pede ás Justiças a pessoa, que se teme de outra por alguma razão. E se a Justica da terra, a quem fôr pedida, for informada; que a pessoa, que pede esta segurança, tem razão justa de se temer, mandará vir perante si aquelle, de que pede segurança, ou irá a elle, ou mandará lá o Alcaide, segundo a qualidade da pessoa for, e requerer-lhe-ha da nossa parte que segure aquele, que delle pede segurança: e se o segurar, mandar-lhe-ha dar um instrumento publico, ou Carta temunhavel, segundo fôr o Julgador. E não o querendo segurar o julgador o segurarà da nossa parte de dito, feito e conselho, e além disto, castigará o que per seu mandado não quizer dar a dita segurança polo despreso, que lhe assi fez, e a pena será segundo a qualidade da pessoa, e a razão que tiver e disser, porque não fez seu mandado. E se fôr pessoa de stado e não allegar justa razão pôr-lhe-ha pena de dinheiro, ou o emprazará, que a certo dia appareça perante Nós pessoalmente a se escusar, por que não cumprio o mandado da Justiça. E se fôr outra pessoa degradal-a-ha da Cidade ou Villa, ou o mandará prender, até que dê a dita segurança. 1. E se algum vier à Côrte a aggravar-se de aguma pessoa, que lhe fez sem razão e o ameaçou, e por temor, que delle tem, pedir delle segurança, e allegar taes causas, per que tenha razão de se temer delle, ser lhe-ha dada per os Corregedores do Crime da Côrte, ou da Caza do Porto nos seus districtos, Carta de eguranca Real para o Corregedor da Comarca, ou Juiz da terra, segundo for a qualidade da pessoa, que houver de segurar, os quaes Corregedor, ou Juiz terão ácerca da dita segurança a maneira sobredita. 2. Porém e alguem pedir segurança do senhor da terra, onde viver, ou de pessoa, que tenha sobre elle jurisdição, não lhe será dada Carla enão com grande e justa razão, e mostrando primeiro per scriptura publica, ou per algum summario conhecimenlo, ter delle recebido taes aggravos, por que lhe deva com razão ser concedida a dita segurança. 3. E não darão Carta de seguranca Real à algum Concelho, nem contra Concelho, masdal-a-hão contra pessoas particularmente nomeadas. 4. E mandamo, que qualquer pessoa, que sobre egnrança po ta per alguma nossa Justiça, offender, ou injuriar outra, que delle tivesse a dita segurança, haja a pena assi civil, como crime, em dobro da que mereçera pola dita offensa, ou injuria, se a segurança antre elles não fora posta. E se a pena, que merêcera sem a dita segurança ser posta, fora de morte natural, ou civil, ou outra semelhante que se não possa dobrar, fique em arbitrio do Julgador dar-lhe outra mais pena, segundo o caso merecer. E ela mesma maneira se terá em quaesquer casos, onde per nossas Ordenações mandamos pelo semelhante modo dobrar as penas. 5. Hâvendo alguma grande discordia antre taes e tão grandes pessoas, de que se possa seguir grande dano

Outra origem do mandado de segurança foi a apelação que a parte sucumbente em “autos extrajudiciais, que se tratam e fazem em modo de jurisdição” podia interpor perante o rei de Portugal ou perante os sobre-juizes deste, prevista: no Título LXXX, do Livro III, das Ordenações Afonsinas⁶⁶. O mencionado tipo de apelação também foi previsto no Título LXII, do Livro III, das Ordenações Manuelinas⁶⁷. A referida espécie de apelação foi prevista, ainda, no Título LXXVIII, do Livro III, das Ordenações Filipinas. Neste caso, podia ser interposta perante o rei ou perante os Desembargadores e Oficiais deste, “para isso ordenados”⁶⁸.

ao Reino, e ao povo e a nossos serviço, Nós com acordo dos do nosso Conselho mandaremos vir perante Nós aquelles, antre os quaes principalmente he a discordia; e perante o nosso Conselho lhes diremos, corou acordamos por serviço de Deos e nosso, pômos antre elles a tal segurança sem requerimento de cada hum delle; declarando-lhes, que a damos per Nós, para que tenhão razão de arreçar o rompimento della, e de incorrer nas penas, em que incorrem os que quebrão as seguranças postas per Nós. 6. E porque algumas vezes acontece haver discordia e inimizade antre taes pessoas, que hão por abatimento pedir a nós, ou á nossas Justiças as taes seguranças, e não são da qualidade das pessoas dé que no paragrapho precedente fallamos, neste caso coniderando Nós o feito, o tempo e qualidade dalles ôas, se nos parecer, que devemos per Nós entender nisso, os madaremos chamar à Corte, posto que nos não seja requerido por alguma parte, e por o Corregedor da Côrte com dous Scrivães lhes mandaremos, que se segurem. E o fazer não quizerem, mandaremos proceder contra elles a prisão em algum Casteno ou em outro lugar, até que se segurem, ou lhes daremos oulras penas, que nos bem parecer”. PORTUGAL. Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado del Rey D. Philippe I. Decima-quarta edição. Segundo a primeira de 1603, e a nona de 1824. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philamathico, 1870, Livro V. Título CXXVIII, p.1300-1302. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 07 jul. 2017. PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

⁶⁵ CAETANO, Marcello. As raízes luso-brasileiras do mandado de segurança. RF: 252:30 apud BUZUID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. v. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25-26. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2-3.

⁶⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 231: “A apelação era cabível tanto nos autos judiciais quanto nos extrajudiciais. Lê-se em 3.80: *Quando poderam apelar dos autos, que se fazem fora do Juízo*. Encontra-se aí a provável fonte dos interditos proibitórios, da nunciação de obra nova e até do mandado de segurança: ‘eu me temo de algum, que me queira ofender na pessoa, ou me queira sem razão ocupar, e tomar minhas coisas; se eu quero, posso requerer ao juiz, que segure mim, e minhas coisas dele, a qual segurança me deve dar; e se depois dela eu receber, ofensa do que fui seguro, o juiz deve aí tornar, a restituir tudo o que foi cometido, e atentado depois da dita segurança dada, e mais proceder contra aquele que a quebrantou, e menosprezou seu poderio’ (3.80.8).” (Grifos dos autores). PORTUGAL. Collecção da legislação antiga e moderna do Reino de Portugal. Parte I. Da legislação antiga. Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V. Livro III. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1792, p. 306-307 e 308. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/20280>>. Acesso em: 13 jul. 2017. PORTUGAL. Ordenações Afonsinas. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

⁶⁷ PORTUGAL. Collecção da legislação antiga e moderna do Reino de Portugal. Parte I. Da legislação antiga. Ordenações do Senhor Rey D. Manuel. Livro III. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1792, p. 226-228. PORTUGAL. Ordenações Manuelinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

⁶⁸ O §5º, do Título LXXVIII, do Livro III, das Ordenações Filipinas dispõe o seguinte: “E quanto ao terceiro caso dos autos extrajudiciaes, que não são começados, mas comminatorios, dizemos que a parte, que se teme, ou receia ser aggravada per a outra parte, pode recorrer aos Juizes da terra, implorando seu Officio, que o provejam, como lhe não seja feito aggravado. E poderá ainda fóra do Juizo appellar de tal comminação, pondo-se sob poderio do Juiz, requerendo, e protestando de sua parte áquelle, de que se tem ser aggravado, que tal aggravado lhe não faça. E se depois do dito requerimento e protestação assi feita, fôr alguma novidade commetida ou attentada, mandará o Juiz (se fôr requerido) tornar e restituir tudo ao primeiro stado. E em tal protestação seria inserta e

Outro instituto que precedeu e influenciou o mandado de segurança foi o da “tutela da posse de direitos pessoais”. “Em Direito romano, a posse só se referia à propriedade” e aos *jura in re*. Posteriormente, “sobretudo no Direito canônico, deliberaram estendê-la em geral a todo direito”⁶⁹. O Direito português consagrou a “tutela da posse de direitos pessoais” na vigência das Ordenações Filipinas, estendendo “a manutenção a todas e quaisquer coisas incorpóreas, especificando-se as prerrogativas, as precedências, as honras, os direitos de apresentação a benefícios e outras dignidades, ou funções”⁷⁰.

Em 15 de julho de 1896, o Ministro da Justiça e Negócios Interiores suspendeu dezesseis professores da Escola Politécnica do Rio de Janeiro do exercício de seus cargos, com perda dos vencimentos, por três meses. Os referidos docentes, então, constituíram Ruy Barbosa como seu advogado, e, por meio deste, ajuizaram ação de manutenção de posse nos mencionados cargos. Tal demanda, contudo, não foi bem sucedida⁷¹.

declarada a causa verisimil e razoada, por que assi protestou: póde-se pôr exemplo: se algum se temer de outro, que o queira offender na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao Juiz que segure á elle as suas cousas do outro, que o quizer offender, a qual segurança lhe o Juiz dará; e se depois delia elle receber offensa daquelle, de que foi seguro, restiul-o-há o Juiz, e tornará tudo o que foi commetido e attentado depois da segurança dada, e mais precederá contra o que a quebrantou, e menosprezou seu mandado, como per Direito”. PORTUGAL. Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado del Rey D. Philippe I. Decima-quarta edição. Segundo a primeira de 1603, e a nona de 1824. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philamathico, 1870, Livro III. Título LXXVIII, p. 686 e 688. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 07 jul. 2017. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2.

⁶⁹ BARBOSA, Ruy. Posse de direitos pessoais. In: LACOMBE, Américo Jacobina (Org.). **Obras completas de Ruy Barbosa**. v. XXIII - 1896, t. III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura - Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976, p. 98. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br>>. Acesso em: 23 maio 2017. São essas as palavras de Savigny: “En droit romain la possession ne se référerait qu'à la propriété et aux jura in re ; dans, la suite, et en droit canon surtout, on a voulu l'étendre à tout droit en général”. SAVIGNY, Frédéric-Charles de. *Traité de la possession en droit romain, par Frédéric-Charles de Savigny. 7e édition publiée d'après les notes laissées par l'auteur et augmentée d'un appendice sur l'état actuel de la doctrine par M. Adolf Friedrich Rudorff, traduit de l'allemand par Henri Staedler*. Bruxelles : Bruylant-Christophe & Compagnie, Libraires-Editeurs, 1866, p. 476. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr>>. Acesso em: 08 jul. 2017. BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. v. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 26. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.

⁷⁰ BARBOSA, Ruy. Posse de direitos pessoais. In: LACOMBE, Américo Jacobina (Org.). **Obras completas de Ruy Barbosa**. v. XXIII - 1896, t. III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura - Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976, p. 73. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br>>. Acesso em: 23 maio 2017. BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. v. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 26. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 26-27.

⁷¹ Na petição inicial, Ruy Barbosa demonstrou que: “a suspensão ilegal importa a turbação na posse do direito. Seu remédio está, pois, nos interditos possessórios, instrumentos judiciais de tutela do direito que, sem mudar de natureza, se vão adaptando, com a evolução jurídica, às novas aplicações da posse, às necessidades ulteriores de sua proteção. Fundou-se outrossim na lição da jurisprudência americana, que recebeu dos ingleses o *mandamus* e as *injunctons*, ressaltando que, em não havendo remédio específico em favor do lesado, pode o tribunal valer-lhe com um *mandamus*”. BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. v. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 27. Segundo, Darcy Bessone, Ruy Barbosa “sustentou que o Direito português, vigente àquela época no Brasil, através das Ordenações do Reino, havia acolhido o Direito Canônico, no ponto relativo à posse dos direitos pessoais.

Tendo a tutela dos direitos pessoais em face da Administração Pública por meio dos interditos possessórios se revelado inviável, o *habeas corpus* passou a ser utilizado com essa finalidade. Surgiu, então, a chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”. Isso foi possível porque a redação original do art. 72, §22, da Constituição da República de 1891, não fazia referência expressa à liberdade de locomoção, dispondo, simplesmente que “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”⁷². Ao julgar o Recurso de Habeas Corpus n.º 2.793/DF, em 08 de dezembro de 1909, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, pela primeira vez, a possibilidade de utilização do *habeas corpus* para a defesa de direito diverso da liberdade de locomoção. Este precedente divergia da tradição da *common law*, onde o *habeas corpus* somente era admitido para a defesa da liberdade de ir, vir e ficar⁷³. Instalou-se, então, controvérsia entre Pedro Lessa, então ministro do STF, cujo voto vencido, neste julgado, restringia a aplicação do *habeas corpus* à tutela da liberdade de locomoção⁷⁴ e Ruy Barbosa que advogava a utilização desta ação para a defesa de direitos

Fez exaustiva demonstração da tese, estudou minuciosamente a obra dos juristas lusos e a jurisprudência portuguesa, para chegar à conclusão de que o Direito do Reino havia admitido, por recepção do Direito Canônico, a posse dos direitos pessoais. Rui não obteve êxito. Os professores perderam a demanda. Não obstante, o fato veio a ter, mais tarde, uma importância considerável, como subsídio histórico de interpretação, em virtude de haver o atual art. 485 do Código [de 1916] resultado de emenda apresentada pelo Senador Rui Barbosa, que acrescentou ao texto correspondente do projeto, a palavra ‘propriedade’”. BESSONE, Darcy. **Da posse**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 77. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-4.

⁷² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 09 jul 2017.

⁷³ BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. v. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 28: “Por longa tradição no direito inglês e norte-americano, servia o *habeas corpus* para tutelar o direito de locomoção (*jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*), isto é, garantir a liberdade individual quando limitada arbitrariamente ou cerceada por prisão ilegal. Graças à redação dada pela Constituição de 1891, foi possível prosperar um conceito amplo de *habeas corpus*, abrangendo em seu campo de aplicação casos de prisão militar ou administrativa, de exercício de funções públicas ou de profissão, de intervenção do governo federal nos negócios dos Estados e outros. Esta orientação da jurisprudência foi denominada doutrina brasileira do *habeas corpus*”.

⁷⁴ Em seu voto vencido, no HC 2.793/DF, o Min. Pedro Lessa aduziu o seguinte: “[...] neguei a ordem de *habeas corpus* porque o fim que se tentou conseguir, impetrando-a, não foi garantir a liberdade individual somente, mas resolver concomitantemente uma questão de investidura em funções de ordem legislativa. Ensinam os publicistas ingleses e americanos, que nesta matéria são *maestri di color che sanno*, que o *habeas corpus* tem por função garantir unicamente a liberdade individual. *Whenever any person is detained with or without one process of law, unless for treason or felony and especially expressed in the warrant of commitment, or unless such person be a convict, or legally charged in execution, he is entitled to his writ of habeas corpus* (KENT - *Commentaries on American Law*, vol. 2º, pag. 26, da 14ª ed.). COOLEY, depois de assinalar que o *habeas corpus* é uma das principais salvaguardas da liberdade pessoal, reproduz a noção de liberdade individual de BLACKSTONE - “*personal liberty consists in the power of locomotion, of changing situation, or moving one’s person to whatsoever place one’s assu inclination may direct, without imprisonment or restraint, unless by due course of law*” (*Constitutional Limitations*, pag. 412 da 6ª ed.). Ainda que se adote o conceito da liberdade individual dos que mais dilatam esse direito, como, por exemplo, o que nos ministra A. BRUNIALTI no segundo volume de

personais⁷⁵. O entendimento deste último acabou prevalecendo na jurisprudência do STF que o adotou, por exemplo, no habeas corpus 2.794/DF⁷⁶ e no recurso em habeas corpus 2990/DF⁷⁷. Mantendo-se fiel à tradição da *common law*, mesmo na vigência da redação original do art. 72, §22, da Constituição da República de 1891, Pontes de Miranda admitia o uso do *habeas corpus* para a tutela da liberdade de locomoção mesmo quando esta fosse um direito-meio

sua obra - *Il Diritto Costituzionale e la Politica*, pag. 642, nunca será permitido afirmar que o habeas corpus seja meio regular de garantir a liberdade individual, resolvendo simultaneamente outras questões, envolvidas propositalmente na decisão do habeas corpus, que foi o que se pretendeu nestes autos. Intendentes que formaram uma Mesa manifestamente ilegal pretendiam obter uma ordem de habeas corpus para penetrar na sala do Conselho Municipal, e funcionar, na qualidade de Presidente e Secretários alguns, e na de intendentes, legalmente empossados, todos. Isso seria dar ao habeas corpus uma extensão que não tem nos países cultos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 2.793, Rel. Min. Canuto Saraiva, Tribunal Pleno, j. 08/12/1909, Revista O Direito VOL-00115-01 PP-00121 COLAC VOL-00980-01. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁷⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 401-402: “A polêmica foi memorável, pois na liça estavam dois gigantes: Ruy Barbosa e Pedro Lessa. O primeiro, interpretando o texto constitucional, não encontrava limites para a concessão do writ e, por isso mesmo, acentuava: ‘onde se der a violência, onde o indivíduo sofrer ou correr risco próximo de sofrer coação, se essa coação for ilegal, se essa coação produzir-se por excesso de autoridade, por arbítrio dos que a representam, o habeas corpus é irrecusável’.

A teoria da posse dos direitos pessoais levou a Excelsa Corte, por influência de Ruy, a estender o remédio heroico do habeas corpus ‘a casos de natureza não penal, para a proteção de qualquer direito que tivesse como pressuposto de exercício a liberdade de locomoção’ (cf. Ada Pellegrini Grinover, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 17/189).

Desde a concessão do habeas corpus a favor daqueles que haviam sido presos e desterrados para a Ilha Fernando de Noronha até a reforma constitucional de 1926, ‘o Supremo Tribunal Federal, passo a passo, estendeu o âmbito do habeas corpus em tal amplitude, que se tornou, provavelmente, o Tribunal mais liberal do mundo’.

Segundo Aliomar Baleeiro (O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido), o STF concedeu habeas corpus para a reintegração de funcionários públicos, a publicação de artigos lidos da tribuna do Congresso durante o sítio, a visita a presos políticos e até para que estudantes concluíssem o curso de acordo com a legislação anterior já revogada.

Disso resultou ‘famosa doutrina brasileira do habeas corpus, definida no acórdão de 16-12-1914, pelo qual o STF assegurou a posse de Nilo Peçanha no governo do Estado do Rio de Janeiro. Nesse caso, relatado por Enéas Galvão, sustentou-se: 1) a expressão do art. 72, § 22, da Constituição, compreende qualquer coação e não somente a violência do encarceramento; 2) não há, em nosso direito, outra medida capaz de amparar eficazmente o livre exercício dos direitos, a liberdade de ação e a prática dos atos não proibidos por lei; 3) o habeas corpus não deve limitar-se a impedir a prisão injusta e a garantir a livre locomoção; 4) a providência estende-se aos funcionários para penetrar livremente em sua repartição e desempenhar o seu emprego, aos magistrados e aos mandatários do Município, do Estado e da União, para exercerem a sua função ou mandato; 5) o Supremo Tribunal Federal interpreta soberanamente as regras constitucionais, sem estar subordinado às disposições das leis ordinárias’.”.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 2.794, Rel. Min. Godofredo da Cunha, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/1909, Revista O Direito VOL-00115-01 PP-00139 RF VOL-00013-01 PP-00148 COLAC VOL-00980-01. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2017. Ementa: “Concede-se habeas corpus a indivíduos munidos de diplomas de intendentes eleitos, para que lhes seja permitido ingresso no edifício do Conselho Municipal para exercerem sem detença, estorvos ou danos, os direitos decorrentes dos seus diplomas”.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 2.990, Relator(a): Min. Pedro Lessa, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/1911, Revista O Direito VOL-00115-01 PP-00229 COLAC VOL-00980-01. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁷⁸ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4-5.

para o exercício do direito-fim de exercer uma função pública, mas não para a defesa deste direito-fim propriamente dito. Ele entendia que o referido direito-fim somente poderia ser discutido e, eventualmente, tutelado em ação ordinária⁷⁹.

A emenda constitucional, de 03 de setembro de 1926, alterou a redação do art. 72, §22, da Constituição República de 1891, passando este a dispor que “Dar-se-ha o habeas-corpus sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”⁸⁰. Assim, tornou inviável o uso do habeas corpus para a tutela de quaisquer outros direitos que não a liberdade de ir, vir e ficar. Tais direitos foram, portanto, privados de um meio eficaz de tutela, o que tornou necessária a elaboração do mandado de segurança⁸¹.

O art. 113, §33, da Constituição da República de 1934 previu o mandado de segurança, pela primeira vez, nos seguintes termos:

Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petítórias competentes⁸².

⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e prática do habeas corpus**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 226: “Quando se trata de exercício de funções, o tribunal ou o juiz terá apenas, após certificar-se da certeza do direito, que em juízo se invocou, de resolver sobre a matéria (direito de ir, ficar e vir) e expedir, ou não, a ordem, para que possa o paciente ir entrar em exercício de seu cargo, emprego ou profissão, ou continuar a exercê-lo, sem constrangimento. Nada impede que um juiz declare certo e líquido o direito adquirido, para cujo exercício ameaçado se pediu garantia à liberdade fundamental de ir, ficar e v/r, ou de fazer alguma coisa, que a tanto equivalha. Falando-se com justeza, daí não se proclama e assegura o direito-fim, pois êsse só se prova em litígio ordinário, com as praxes e dilações forenses (ou mediante o mandado de segurança, depois de 1934), e nem sequer o direito-exercício em sua integralidade, mas o direito de liberdade física, que serve, no caso, de condição necessária para o direito-exercício, mas que o não é. Nas contendas ordinárias, todo juiz, quando sentencia, julga e resolve sôbre o direito. No processo de habeas-corpus, a situação é tôda outra: da liquidez é que se parte para que se dê ao paciente a ordem de habeas-corpus, a fim de ir exercer êsse direito certo e líquido. O remédio constitucional continua a ter a característica que sempre possuiu: amparar a liberdade física; e o mesmo efeito imunizante que adquire nos casos de ameaça de constrangimento. Não se tutela o direito: segura-se o possuidor do direito. Sendo litigioso o fato, se não cabe ao juiz ou tribunal competência para resolvê-lo, o único caminho é abster-se de conhecer do pedido”.

⁸⁰ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁸¹ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6.

⁸² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

Somente o direito “certo e incontestável” podia ser tutelado por meio do mandado de segurança. Esta expressão foi substituída pela corrente “direito líquido e certo”. O adjetivo “incontestável” revela que o instituto foi criado para a tutela de direito evidente. Para ser impugnável por mandado de segurança, o ato proferido por “qualquer autoridade” deveria ser “manifestamente inconstitucional ou ilegal”. O fato do procedimento do mandado de segurança ser o mesmo do *habeas corpus* demonstra que os dois institutos estão intimamente ligados. Já a última frase do dispositivo estabelecia que a posse de direito pessoal podia ser defendida tanto por mandado de segurança quanto por ação petitória (possessória)⁸³.

O primeiro diploma legal a disciplinar o processo do mandado de segurança foi a Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936. O art. 1º, caput, desta lei repetia a primeira frase do art. 113, §33, da Constituição da República de 1934: “Dar-se-á mandado de segurança, para defesa de direito certo e incontestavel, ameaçado, ou violado, por acto manifestamente inconstitucional, ou illegal, de qualquer autoridade.”. Já o art. 4º vedava a concessão de mandado de segurança quando a demanda tratasse: exclusivamente de liberdade de locomoção (inciso I); de ato impugnável por recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, fiança ou depósito (inciso II); de questão puramente política (inciso III); ou de ato disciplinar. O art. 8º, §1º, por sua vez, estabelecia que, ao conhecer o pedido, o juiz deveria imediatamente mandar “citar o coactor, por official do juizo, ou por precatória, afim de lhe ser entregue a segunda via da petição inicial, com a respectiva copia dos documentos” (alínea “a”), bem como encaminhar, através de ofício, “em mão do official do juizo ou pelo correio, sob registro, ao representante judicial, ou, na falta, ao representante legal de pessoa juridica de direito publico interno, interessada no caso, a terceira via da petição inicial com a respectiva copia dos documentos.”⁸⁴.

A Constituição de 10 de novembro de 1937⁸⁵, decretada pelo presidente Getúlio Vargas, marco inicial do Estado Novo, não previa o mandado de segurança, entretanto não revogou a Lei 191/1936, que continuou a discipliná-lo. O art. 16, caput, do Decreto-lei n.º 6, de 16 de Novembro de 1937, vedou a impetração de mandado de segurança contra atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, Governadores e Interventores, praticados a partir da data da vigência da Constituição de 1937, 10 de novembro de 1937, mas deixou

⁸³ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6.

⁸⁴ BRASIL. Lei 191, de 16 de janeiro de 1936. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁸⁵ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de Novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 14 jul. 2017.

claro que a referida ação ainda podia ser utilizada para a impugnação de ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, praticado por qualquer outra autoridade⁸⁶.

O então presidente da República, Getúlio Vargas, decretou o Código de Processo Civil de 1939, usando da atribuição que lhe conferia o artigo 180 da Constituição de 1937⁸⁷. Este código revogou tacitamente a Lei 191/1936, ao regular inteiramente o mandado de segurança⁸⁸ em seus artigos 319 a 331. O art. 319, caput, CPC/1939, admitia o “mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.”. Embora imprecisa, a expressão “direito certo e incontestável” dizia respeito à liquidez do direito e à prova dos fatos jurídicos e não à interpretação do texto normativo⁸⁹. Já o art. 320, CPC/1939, que tratava das

⁸⁶ “Art. 16. Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos Lei n. 191 de 16 de janeiro de 1936, exceto a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores. [...]”. BRASIL. Decreto-Lei 6, de 16 de Novembro de 1937. Dispõe sobre a extinção da Justiça Federal e o andamento das causas em curso, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9.

⁸⁷ “Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.”. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁸⁸ “Art. 2º [...] §1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil** [de 1939]. v. III, I. (arts. 298-464). Edição Revista Forense. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, p. 181-183: “Direito ‘certo e incontestável’ é expressão tecnicamente censurável, porque a certeza não é, aí, subjetiva, e sim objetiva (não depende de liquidação ou de apuração), ao passo que a incontestabilidade é subjetiva e concerne à prova. Aliás, pelo princípio do art. 113, o juiz não pode dizer “Non liquet”; de modo que, se algum direito tem de ser examinado por ele, ainda em processo de mandado de segurança ou de habeas-corpus, para que a contestabilidade exclua o cabimento da forma de processo, é preciso que seja sobre matéria de fato, não sobre matéria de direito. Tal o que sustentamos ao surgir a Constituição de 1934 (Comentários, II, 259 e 260): ‘Desde que não há questão de fato a respeito do direito, ele é certo (objetivamente) e incontestável (subjetivamente); pois as questões de direito, por mais renhidas que sejam, não tornam incertos e contestáveis os direitos. E a razão é simples: quando uma questão jurídica vai aos tribunais, para que a examinem, não vão esses procurar a lei que deva reger a espécie e então aplicá-la; a lei, que a deva reger, já incidu, e a aplicação é apenas a confirmação judicial de tal incidência. O juiz do mandado de segurança, depois de ter diante de si direito certo e incontestável, aprecia e julga o ato da autoridade. Se A diz que é proprietário de uma casa e que a autoridade, para apagar o fogo no prédio vizinho, a invadiu, e agora, acabado o incêndio, lhe fecha a casa, o direito é certo e incontestável; alegando a autoridade que é preciso mantê-la fechada, para que não sejam roubados os objetos do prédio incendiado, dar-se-á o mandado de segurança, porque a autoridade não pode fechar uma casa para segurança policial de outra. Se, porém, a autoridade alegar que o incêndio partiu da casa de A e que é preciso fechá-la para que se não removam as provas, é de negar-se o mandado de segurança. Fora daí, a escapatória de que a regra “Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito certo e incontestável” constitui, apenas, recomendação ao juiz para que não seja fácil na concessão do mandado de segurança, orça pelo mais abominável dos regimes de incerteza, de jogo de azar judiciário, de lamentável cara e coroa, com que se criaria nos

vedações à concessão de mandado de segurança, não repetiu a disposição do art. 4º, III, Lei 191/1936. Assim, com o CPC/1939, o mandado de segurança que tratasse “de questão puramente política” passou a ser admitido. Por outro lado, o art. 320, IV, CPC/1939, tornou inadmissível a demanda de mandado de segurança que dissesse respeito a “impostos ou taxas, salvo se a lei, para assegurar a cobrança, estabelecer providências restritivas da atividade profissional do contribuinte”⁹⁰. O art. 322, CPC/1939, por sua vez, estabelecia que, ao despachar a petição inicial o juiz deveria: “notificar o coator, mediante ofício entregue por oficial de justiça e acompanhado da 3ª via da petição inicial, instruída com as cópias dos documentos, afim de prestar informações no prazo de dez (10) dias” (inciso I), bem como “citar o representante judicial, ou, à falta, o representante legal da pessoa jurídica de direito

tribunais o mais perigoso dos arbítrios, a inexistência de fronteiras entre o cabimento e o não cabimento dos mandados de segurança, entre a concessão e a denegação do remédio processual. Foi essa interpretação, única defensável, que prevaleceu nos bons julgados, como o acórdão do Ministro Costa Manso (Côrte Suprema, 9 de dezembro de 1936, A. 41, 3). Castro Nunes pretendeu o contrário, exatamente a tese que andava no ar por volta de 1936 (Do Mandado de Segurança, 60 e 61); mas o Supremo Tribunal Federal tem procedido de acordo com o seu dever legal; e hoje, com mais forte razão, porque a questão há de ser decidida à luz do art. 113'. Aliás, qual o juiz que recusaria o habeas-corpus por ser “duvidosa a aplicação Lei”, ou porque não sabe qual a lei que incidiu, se essa dúvida não decorre de dúvida sobre a matéria de fato? A certeza e incontestabilidade de um direito não podem resultar da dúvida quanto à lei que rege esse direito, porque tal dúvida é subjetiva, existe e depende de condições interiores, de estados de consciência e de convicção dos juizes, e não da relação jurídica. Por mais duvidoso que se sinta o espírito do julgador, na determinação Lei competente, isso não atua na situação jurídica, que não passa, por êsse acidente psíquico do julgador, a ser incerta e contestável. O direito existe ou não existe; mas, existindo, pode depender de provas a declaração, e então é incerto e contestável, no sentido em que se empregaram os dois adjetivos, no art. 319. a) O juiz tem o dever de conhecer o direito (iura novit cûria), só se “admitindo” que exija prova nos casos do art. 212. Ainda nesses casos do art. 212 (estadual, municipal, costumeiro, singular ou estrangeiro), o impetrante do mandado de segurança pode fazer a prova incontinenter, mostrando ser “certo incontestável” o direito. A diferença entre o direito comum e o não-comum (art. 212) não é obstáculo à impetração. b) O juiz tem o dever de obrar (art. 113), não podendo, sob pretexto de lacuna ou obscuridade Lei, eximir-se de proferir despachos ou sentenças; de modo que constituiria infração do artigo 113 abster-se de conhecer do mandado de segurança por haver dúvida ou lacuna Lei. A dúvida está nêle, não no mundo das relações jurídicas, e a certeza a que se refere o art. 319 independe dela.”. Em sentido diverso, ANDRADE, Luiz Antônio; GUIMARÃES, Luiz Machado. Comentários ao Código de Processo Civil [de 1939]. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. IV, p. 335, aduziam que: “na verdade, não há critério objetivo possível para conceituar-se o ‘direito certo e incontestável’. É questão que depende da apreciação subjetiva do juiz. Uma vez, porém, que este, de seu estudo, conclua pela certeza do direito, deverá conceder o mandado, não obstante ser essa certeza negada ou posta em dúvida por outros. Para ele, o direito alegado é certo. Em seu espírito não deve influir a controvérsia porventura existente para, sob o pretexto dela, negar o amparo ao direito individual que lhe é solicitado.”.

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil** [de 1939]. v. III, I. (arts. 298-464). Edição Revista Forense. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, p. 186-187: “No texto, os impostos ou taxas, quando objeto dos atos de ameaça ou de violação, ainda que inconstitucionais ou ilegais, eram considerados pela lei óbices ao uso do mandado de segurança. O art. 320, IV, abria exceção para aqueles atos, relativos à imposição ou à taxação, ou à cobrança do imposto, ou da taxa, que restringem ou têm como pena restrição da atividade profissional do contribuinte. “Atividade profissional” aí está no sentido de qualquer ocupação para prover à vida, ou de simples deleite ou vocação da pessoa, desde que a lei a tenha feito objeto de imposição ou de taxação. A Constituição de 1946, art. 141, § 24, riscou aquela limitação. Os pressupostos são constitucionais (Constituição, art. 141, §§ 24 e 34).”.

público interessada na ação”⁹¹. Quanto aos demais aspectos do mandado de segurança, o CPC/1939 manteve o regime outrora adotado pela Lei 191/1936⁹².

A Constituição da República de 1946, que entrou em vigor ainda na vigência CPC/1939, disciplinou o mandado de segurança em seu art. 141, §24, *in verbis*: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”⁹³. A expressão “direito líquido e certo”, utilizada até os dias atuais, foi mencionada, pela primeira vez, neste dispositivo. O constituinte de 1946 procurou extremar o *habeas corpus* do mandado de segurança, tornando evidente que aquele somente seria cabível nos casos em que este não pudesse ser utilizado. Não obstante, o mandado de segurança continuou a ser disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1939⁹⁴.

A partir de 31 de dezembro de 1951, a Lei 1.533 passou a disciplinar o mandado de segurança, revogando expressamente, em seu art. 20, os artigos CPC/1939, que, até então, regulamentavam o instituto⁹⁵. A Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, complementou a regulamentação do mandado de segurança, estabelecendo entre outras regras a possibilidade

⁹¹ De acordo com PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil [de 1939]. v. III,1. (arts. 298-464). Edição Revista Forense. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, p. 188-189: “As informações são prestadas pelo coator, no prazo de dez dias; a citação para a contestação é feita ao procurador judicial da pessoa jurídica de direito público, ou, na falta, ao representante da pessoa de direito público (nunca à pessoa de direito privado, que se ache na situação do art. 319, § 2.º). O art. 32 é aplicável. A contestação tem de ser apresentada pelo procurador judicial. Note-se a diferença entre as duas situações, a de citado e a de postulante. Também entre a comunicação de conhecimento, que resulta do art. 322, I, suscetível de provocar aplicação do art. 209 e seus parágrafos, e a contestação, que é, na sistemática processual, o que foi dito sob o art. 180. O art. 181 e o seu parágrafo são aplicáveis. A desistência tem de ser consentida, posto de lado o acórdão, hoje obsoleto, da Corte de Apelação do Estado do Rio de Janeiro, a 20 de novembro de 1934 (B. J. , 9, 100), que a fazia livre.” Eis a redação dos artigos CPC/1939 mencionados por Pontes de Miranda em seu comentário: “Art. 32. Aos representantes da Fazenda Pública contar-se-ão em quadruplo os prazos para a contestação e em dobro para a interposição de recurso. [...] Art. 180. A contestação será formulada pelo réu em petição escrita, com os requisitos dos ns. III e V do artigo 158 e os do artigo 159. Art. 181. Apresentada a contestação, o autor não poderá, sem consentimento do réu, alterar o pedido ou sua causa, nem desistir da ação. Parágrafo único. A recusa do réu será rejeitada, si da desistência não lhe resultar prejuízo. [...] Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas. § 1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova. § 2º Si o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação.” BRASIL. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: 15 jul. 2017.

⁹² CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

⁹³ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁹⁴ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

⁹⁵ BRASIL. Lei 1.533, 31 de dezembro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1533impressao.htm>. Acesso em: 14 jul. 2017.

de suspensão da medida liminar⁹⁶. O art. 5º, desta lei, proibiu a concessão de liminar em ação de mandado de segurança “visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens”⁹⁷. Posteriormente, a Lei 5.021, de 09 de junho de 1966, dispôs sobre “o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil” e vedou, em seu art. 1º, §4º, a concessão de “medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”⁹⁸. Juntas, as Leis 1.533/1951, 4.348/1964 e 5.021/1966 formavam o estatuto do mandado de segurança⁹⁹.

A Constituição de 1967 disciplinou o mandado de segurança em seu art. 150, §21, *in verbis*: “Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”. Apesar de fazer referência, tão somente, a “direito individual”, o referido dispositivo não operou qualquer retrocesso, uma vez que, nem a legislação, nem a jurisprudência brasileiras admitiam o mandado de segurança coletivo¹⁰⁰.

A emenda n.º 1 à Constituição de 1967, de 17 de outubro de 1969, que, na prática, consistiu em uma nova Constituição, tratou do mandado de segurança em seu art. 153, §21, nos seguintes termos: “Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade

⁹⁶ Em sua redação original, o art. 3º, Lei 4.348/1964, estabelecia que: “As autoridades administrativas, no prazo de (48) quarenta e oito horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou ao órgão a que se acham subordinadas e ao Procurador-Geral da República ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificador, assim como indicações e elementos outros assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.”. A Lei 10.910/2004 conferiu a seguinte redação ao art. 3º, Lei 4.348/1964: “Os representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações serão intimados pessoalmente pelo juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, das decisões judiciais em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópias dos documentos nelas mencionados, para eventual suspensão da decisão e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder”. BRASIL. Lei 10.910, de 15 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.910.htm#art19>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁹⁷ BRASIL. Lei 4.348, de 26 de junho de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4348impressao.htm>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁹⁸ BRASIL. Lei 5.021, de 9 de junho de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5021impressao.htm>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁹⁹ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

¹⁰⁰ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

ou abuso de poder.”¹⁰¹. Assim, limitou-se a suprimir o adjetivo “individual”, repetindo, no mais, o texto do art. 150, §21, da Constituição de 1967¹⁰².

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou, pela primeira vez, em seu art. 5º, LXX, o mandado de segurança coletivo. Ao se referir ao mandado de segurança, de um modo geral, tanto individual como coletivo, em seu art. 5º, LXIX, tratou-o como uma garantia fundamental subsidiária não somente ao habeas corpus, mas também ao habeas data, remédio criado com a Carta Magna de 1988¹⁰³. Importa salientar que, por ser uma garantia fundamental, o mandado de segurança constitui uma cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, IV, não podendo ser objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição tendente a aboli-lo.

A Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que atualmente disciplina o mandado de segurança, praticamente, incorporou as regras das Leis 1.533/1951, 4.348/1964 e 5.021/1966, além de positivizar a jurisprudência sumulada do STF e do STJ acerca do instituto.

Percebe-se, da análise do art. 5º, LXIX, CRFB/1988, da Lei 12.016/2009 e de todos os dispositivos constitucionais e legais que disciplinaram o instituto do mandado de segurança antes destes, bem como dos dispositivos legais que regulamentavam os institutos que precederam e influenciaram o mandado de segurança, que o legislador sempre procurou tutelar o “direito líquido e certo”, violado por “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”, por meio de um procedimento especial, mais simples e célere do que o procedimento comum. Assim, qualquer futura reforma nas disposições normativas que regem o instituto do mandado de segurança deve seguir esta diretriz, sem contudo eliminar, ou sacrificar em demasia, as garantias fundamentais do processo e, sobretudo, o contraditório.

¹⁰¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

¹⁰² CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

¹⁰³ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

4 MANDADO DE SEGURANÇA COMO TUTELA DEFINITIVA DA EVIDÊNCIA E SUA LIMINAR COMO TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E/OU DA EVIDÊNCIA

O mandado de segurança é uma ação constitucional de natureza civil destinada à proteção de “direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5º, LXIX, CRFB/1988). Consequência de sua natureza civil é a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo do mandado de segurança, quando a Lei 12.016/2009, que o regulamenta, é omissa¹⁰⁴ e desde que o CPC não contrarie o modelo e finalidade próprios do instituto¹⁰⁵. Além disso, o art. 1.046, §2º, CPC, determinou o emprego supletivo deste Código às “disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis”, entre as quais a lei do *mandamus*. Assim, a aplicação complementar CPC ao mandado de segurança não se restringe às hipóteses expressamente previstas pelos arts. 25 e 26, Lei 12.016/2009¹⁰⁶.

¹⁰⁴ FUX, Luiz. **Mandado de segurança**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010: “o Mandado de Segurança configura sempre ação constitucional de natureza cível e de rito sumário, independentemente do Juízo competente e da natureza do ato impugnado, seja ele penal, trabalhista, militar, eleitoral ou outro, já tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal decidido neste sentido. Esta constatação implica a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil nas lacunas da legislação específica.”.

¹⁰⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança – Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11. No mesmo sentido, Mauro Luís Rocha Lopes afirma que: “O mandado de segurança é uma ação civil de rito sumário especial que se destina a afastar lesão a direito subjetivo individual ou coletivo, por meio de ordem corretiva ou preventiva de ilegalidade ou abuso de poder dirigida à autoridade pública ou a quem fizer suas vezes ou a ela for equiparada. [...] Rege-se primariamente o processo de mandado de segurança pela Lei 12.016/2009, e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil, naquilo em que não haja confronto com a norma especial ou com a essência jurídica do instrumento.”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (Coord.). **Mandado de segurança individual e coletivo: Lei 12.016/2009 comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 30. Outra consequência da natureza civil do mandado de segurança é que este se enquadra “no conceito de ‘causa’ enunciado pela Constituição da República, para fins de fixação de foro e juízo competentes para o seu julgamento quando for interessada a União (art. 109, I, VIII)”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 35. ed. Atualizada por Arnoldo Wald, Gilmar Ferreira Mendes e Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 32-33. Alexandre de Moraes acertadamente defende que: “A natureza civil não se altera, nem tampouco impede o ajuizamento de mandado de segurança em matéria criminal, inclusive contra ato de juiz criminal, praticado no processo penal”. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 152. No mesmo sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. *Ibid.*, p. 35-36, aduz que: “Qualquer que seja a origem ou natureza do ato impugnado (administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral, trabalhista, etc.), o mandado de segurança será sempre processado e julgado como ação civil, no juízo competente.”.

¹⁰⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 192, faz o seguinte comentário aos arts. 24 e 25 Lei 12.016/2009: “Apesar das escolhas claras feitas pela regra atual quanto ao não cabimento do recurso de embargos infringentes e à não condenação dos honorários advocatícios, ressaltando — isto é novidade — a aplicação das sanções cabíveis nos casos de litigância de má-fé, ela não pode ser interpretada no sentido de que somente naqueles três pontos reside a aplicação dos institutos codificados ao mandado de segurança. A aplicação

Ao prever o mandado de segurança, a Constituição implicitamente envia comando ao legislador ordinário para que elabore procedimento especial¹⁰⁷, sumário, capaz de tutelar da forma mais célere possível o direito mencionado pelo art. 5º, LXIX, CRFB/1988. O Estado brasileiro procurou cumprir o referido mandamento constitucional ao elaborar a Lei 12.016/2009 que atualmente regulamenta o instituto do mandado de segurança.

O instituto do mandado de segurança tem por objetivo tutelar o direito evidente¹⁰⁸ do jurisdicionado, visto que provado por documento pré-constituído, da forma mais rápida possível, por meio de procedimento especial. Assim, a sentença de mérito que concede o mandado de segurança é tutela definitiva da evidência em face do Poder Público¹⁰⁹⁻¹¹⁰,

do sistema processual civil como um todo, desde a Constituição Federal, e do Código de Processo Civil com todas as suas importantes e mais recentes modificações estruturais ao instituto é de rigor, pouco importando a falta de autorização expressa que a determine na lei de regência ou, como se dá com relação ao art. 24 [...], insinuando uma aplicação mais tímida do que realmente deve ser.”

¹⁰⁷ Procedimento especial é todo aquele que difere do “procedimento comum, o padrão estabelecido pelo vigente Código de Processo Civil”. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22.

¹⁰⁸ Quanto ao direito evidente, Luiz Fux observa que: “A expressão vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente. São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada”. FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.305-306. Sustenta, ainda, que: “A prática judiciária indica casos em que não se revela justa a demora da prestação jurisdicional, mercê de inexistir qualquer situação de perigo. Trata-se dos casos de evidência, diametralmente distintos dos de ‘mera aparência’ que se encenam no processo cautelar. Para esses, a inadequação do procedimento comum revela-se de pronto, reclamando uma atuação tão imediata quanto evidente do direito da parte, tal como ocorre com o mandado de segurança”. FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1228.

¹⁰⁹ A tutela da evidência prevista pelo art. 311, CPC, é provisória, visto que baseada em cognição sumária e não apta a gerar coisa julgada material. Por outro lado, a sentença de improcedência liminar do pedido do autor, proferida com base no art. 332, CPC, tutela, de forma definitiva, o direito evidente do réu de não ser molestado por ação infundada, já que, se o demandado, uma vez intimado, não interpuser apelação, dentro do prazo legal, a referida decisão de mérito transitará em julgado. Da mesma forma, a sentença de procedência do pedido do autor, proferida no procedimento monitorio, disciplinado pelos artigos 700 a 702, CPC, se constitui em tutela definitiva de evidência, já que está fundada em cognição exauriente e capaz de fazer coisa julgada material. Outras hipóteses de tutela definitiva da evidência são as de julgamento antecipado do mérito (art. 355, CPC) e de julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, CPC).

¹¹⁰ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. v. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74: “O mandado de segurança é, a nosso ver, uma ação judiciária, que se distingue das demais pela índole do direito que visa a tutelar. Para se entender bem este enunciado, urge estabelecer, antes de tudo, uma gama de direitos subjetivos materiais que podem ser ajuizados. Eles se agrupam em três classes: a) a primeira é daqueles que hão de ser afirmados e provados judicialmente, sob pena de ser rejeitado o pedido formulado pelo autor (ex.: ação de separação; de reintegração; de anulação de contrato); b) a segunda é de alguns direitos, reconhecidos em documentos, que exprimem não só a certeza da obrigação, mas também a liquidez do seu valor (ex.: letras de câmbio; notas promissórias; duplicatas); c) e a terceira, que ocupa a posição mais elevada na escala, abrange direitos líquidos e certos que, por sua clareza e evidência, não comportam discussão judicial a seu respeito. A ordem jurídica subministra ações diversas que correspondem a cada uma destas categorias de direito. Para a primeira, a ação ordinária; para a segunda, a ação

baseada em cognição exauriente e, portanto, apta a formar coisa julgada material¹¹¹. A referida tutela também será composta pela atividade de execução forçada da referida sentença, caso a obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa certa a que foi condenado o ente da administração pública réu não seja cumprida espontaneamente¹¹².

O direito do impetrante, não obstante evidente, pode correr perigo de dano por causa da demora do processo, razão pela qual demanda a tutela provisória de urgência. Visando a atender tal necessidade, o legislador previu a liminar em mandado de segurança¹¹³. O art. 7º,

de execução; para a terceira, o mandado de segurança. A diferença entre os três remédios processuais está na íntima correlação com os direitos que tutelam. A necessidade de atos e termos se dá em grau maior na primeira, diminui na segunda e fica reduzida ao mínimo na terceira. O que determina a natureza da ação é, pois, a maior ou menor intensidade do direito tutelado; por se apresentar insuscetível de controvérsia na última hipótese, o legislador limitou ao indispensável o número de atos; por isso é que o mandado de segurança é uma ação de índole sumaríssima”.

¹¹¹ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. X, p. 275-301, jul./ dez. 2012. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 12 mar. 2014: “Denomino de documentais certos procedimentos sumários, como tem sido tradicionalmente entendido, entre nós, o do mandado de segurança, que carecem de fase instrutória ou em que a prova admitida é somente a documental. Se a controvérsia for exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova documental produzida for suficiente para apurar a verdade, a restrição probatória não terá prejudicado a cognição exauriente e a coisa julgada se produzirá plenamente, *secundum eventum probationis*. Se, entretanto, a prova documental não for suficiente, a nossa lei determina (art. 19, Lei 12.016/2009) que o juiz deixe de resolver o mérito da pretensão do impetrante, denegando a segurança, o que implica em extinguir o processo sem resolução do mérito e, portanto, sem a formação da coisa julgada, podendo a mesma pretensão ser novamente veiculada em outro processo. Já manifestei a minha insatisfação com esse sistema de denegação do mandado de segurança por falta de direito líquido e certo que, muitas vezes, frustra a possibilidade de tutela adequada do direito subjetivo do cidadão, violado pela Administração Pública, mas, de qualquer modo, é forçoso reconhecer que, quanto à inexistência de coisa julgada, está correta a orientação adotada no direito brasileiro.”.

¹¹² ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 549: “A tutela jurisdicional não se consuma com o fim da fase de acerto [...] Ela se estende para abarcar a fase de atuação concreta, prática, da decisão judicial. Só assim se pode falar em efetividade do processo. Não pode haver, no âmbito do ‘justo processo’, uma cisão entre a fase de conhecimento e de execução. O processo deve ser compreendido no seu todo, complexo, até a realização final do direito material.”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 64: “A declaração deixa de ser imprescindível à função jurisdicional, que, ao contrário, passa a ser cada vez mais execução. É que a função de outorgar tutela aos direitos requer execução, pouco importando a cognição que lhe dá suporte ou o momento em que a decisão é proferida no processo de conhecimento. Não é por outra razão, aliás, que o próprio conceito de título executivo judicial passou a ter relação com a realizabilidade do direito e não com a sua certeza. É preciso fixar os pontos: i) atualmente, a jurisdição tem função de tutela dos direitos; ii) a tutela dos direitos não pode suportar o tempo para o exaurimento da cognição; iii) a declaração deixou de ser pressuposto para a tutela do direito; iv) a tutela do direito, por depender de realizabilidade prática, tornou a jurisdição mais execução do que declaração. Assim, não há mais qualquer razão teórica para relacionar tutela jurisdicional com declaração e coisa julgada material, nem para entender que estas últimas são pressupostos para a execução. A tutela jurisdicional dos direitos, atualmente, depende tanto de declaração quanto de juízo de verossimilhança e, mais do que nunca, de execução.”.

¹¹³ No mesmo sentido, Leonardo Greco afirma que “no mandado de segurança a liminar impõe o requisito da urgência, de acordo com o inciso III do artigo 7º Lei 12.016/2009”. GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 296-330, jul./ dez. 2014. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em: 11 jun. 2015. O mesmo autor afirma que o mandado de segurança “como jurisdição das liberdades públicas se inclui na chamada tutela da urgência, devendo ser exercida com a máxima celeridade, para que a elas seja assegurada a mais ampla

III, Lei 12.016/2009 exige, para o seu deferimento, que o autor prove, por meio de documentos pré-constituídos, tanto a evidência de seu alegado direito quanto a urgência da tutela.

A disciplina do mandado de segurança, atualmente prevista pela Constituição Federal e pela Lei 12.016/2009 não atende, de forma satisfatória, os princípios constitucionais do acesso ao direito por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988).

O mandado de segurança serviu de inspiração para a disciplina da tutela da urgência e da evidência no CPC¹¹⁴. Não obstante, o art. 311, CPC, permite a tutela do direito evidente do autor, em espaço mais curto de tempo do que a Lei 12.016/2009, ao autorizar a liminar “independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando” o autor tiver demonstrado suas alegações de fatos jurígenos por documentos e “houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” que sirva de fundamento jurídico ao pedido do autor (art. 311, II, e parágrafo único, CPC) e quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa” (art. 311, III, e parágrafo único, CPC). Nota-se que o instituto da mandado de segurança, criado pelo legislador constituinte e ordinário para ser um meio mais rápido de tutela do direito evidente do autor do que aquele oferecido pelo Código de Processo Civil, acabou sendo superado pela instituição de técnica processual mais rápida de tutela deste mesmo direito, ao menos no que concerne às duas hipóteses em que o CPC permite a liminar “independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”.

Não procede a afirmação de que a concessão de liminar para a tutela de direito evidente, “independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”, nos dois casos arrolados pelo art. 311, parágrafo único, CPC, violaria o

eficácia”. GRECO, Leonardo. Por um novo mandado de segurança: retorno à origem?. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XI, p. 269-277, jan./ jun. 2013. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 03 mar. 2014.

¹¹⁴ FUX, Luiz. O Novo Processo Civil, in FUX, Luiz (Coord.). **O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.18, observou, ao comentar o Anteprojeto CPC, que: “A novidade também se operou quanto aos direitos líquidos e certos de uma parte em face da outra. Entendeu a comissão que nessas hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se revelaria justo, ao ângulo do princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo com melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos prima facie, não tem razão.”.

direito fundamental do réu ao contraditório e à ampla defesa¹¹⁵, pois, não há, neste caso, a eliminação destes, no processo, mas, tão somente, a sua postergação, que se justifica pela

¹¹⁵ Nesse sentido, GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 369-371, sustenta que: “[...] se o acolhimento definitivo do pedido do autor, em razão da evidência do seu direito fosse concedido liminarmente, sem a prévia audiência do réu, essa especial tutela da evidência seria irremediavelmente inconstitucional, pois somente a urgência, ou seja, o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação a bem da vida de especial valor pode justificar a postergação, jamais a supressão completa, do contraditório ou do exercício do direito de defesa, que são garantias constitucionais cujo respeito se afigura absolutamente imperioso e inafastável. A liminar possessória e os alimentos provisórios sempre foram justificados pela excepcional relevância do direito tutelado, constituindo provimentos provisórios, sujeitos a ratificação subsequente, após regular contraditório. [...] Indagação que tenho feito a respeito dessa concessão liminar é se, embora a noção de tutela da evidência exclua o requisito da urgência, consoante está expresso no caput do artigo 312, a sua concessão liminar não deveria exigir a sua caracterização. Na comparação feita por FUX com o mandado de segurança e com os títulos executivos, há diferenças substanciais com a nova tutela da evidência disciplinada no Código de 2015. No mandado de segurança a liminar impõe o requisito da urgência, de acordo com o inciso III do artigo 7º Lei 12.016/2009. O título executivo resultou de decisão judicial ou de fonte extrajudicial formal que gerou a presunção de certeza de existência do crédito. Por outro lado, na liminar possessória e nos alimentos provisórios, a urgência é evidente, seja pela lesão ou ameaça à posse do bem pelo requerente, seja pela necessidade de sobrevivência do alimentando. Na ação monitoria, em que também se prevê tutela liminar da evidência (art. 9º, parágrafo único, inciso III), a oposição de embargos no prazo de quinze dias para cumprimento suspende automaticamente a efetivação da medida até o julgamento em primeiro grau (art. 702, §4º). Aqui na tutela da evidência a prova documental robusta não é aquela que formalmente gere a presunção de certeza de existência do crédito, pois se o fosse, ensejaria desde logo a execução como título executivo. Ora, o acolhimento liminar, ainda que provisório, do pedido do autor sem o requisito da urgência violaria a garantia do contraditório, o que, a meu ver, impõe uma interpretação do caput e do parágrafo único do artigo 311 em conformidade com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição, no sentido de que, nas hipóteses dos incisos II e III, a liminar autorizada depende concorrentemente da evidência do direito e da caracterização do perigo de lesão grave ou de difícil reparação.” Cf., ainda, A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 296-330, jul./ dez. 2014. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 338-340, defende que: “há absoluta falta de racionalidade no” art. 311, parágrafo único, CPC. Segundo este doutrinador, “obviamente não se pode aferir evidência do direito antes de o réu ter sido citado e apresentado defesa. Note-se, por exemplo, que a alegação de falsidade é suficiente para descaracterizar a evidência das ‘alegações de fato’ e da ‘prova documental’ do contrato de depósito. Isso para não falar que a tutela da evidência sempre depende da análise da consistência da defesa de mérito, direta ou indireta. Os incisos II e III, conforme demonstrado, dizem respeito a situações em que o réu apresenta defesa de mérito indireta infundada que requer instrução dilatória. De modo que é absolutamente impossível aferir os pressupostos para a tutela da evidência liminarmente. Na verdade, o legislador se confundiu bastante ao editar as normas relativas à ‘tutela provisória’ e, ao tratar da ‘tutela da evidência’, continuou perdido. Bem vistas as coisas, parece que o legislador não sabia o que estava fazendo. Daí a importância de a doutrina colocar as coisas em seus devidos lugares. Tudo indica que o legislador supôs que poderia, sob o rótulo de tutela da evidência, construir uma espécie de procedimento documental, em que o juiz estaria autorizado a proferir sentença, com base na evidência do direito – prova documental –, logo após a ouvida do réu. A lógica equivocada do legislador parte do pressuposto de que, como a sentença pode ser proferida logo após a ouvida do réu, antes da citação deve caber liminar quando ‘as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante’ (inciso II, art. 311, CPC) e quando ‘houver prova documental adequada do contrato de depósito’ (inciso III, art. 311, CPC). Como é óbvio, isto só teria algum sentido se a tutela nada tivesse a ver com evidência do direito e com fragilidade da defesa. Ora, estes pressupostos devem ser aferidos depois da apresentação da defesa para que o autor não seja prejudicado pela demora do processo. Não é por outro motivo que a tutela da evidência é provisória, ou melhor, concedida mediante decisão fundada em cognição sumária e sujeita a confirmação pela sentença. Lembre-se, aliás, que a cognição sumária diz respeito em regra à defesa indireta; os fatos constitutivos devem ser incontroversos ou estar provados mediante documento, o que significa que em relação aos fatos constitutivos deve haver cognição exauriente. Sucede que a cognição exauriente, ou melhor, a aferição da incontrovérsia – não contestação e incompatibilidade entre a negação do fato constitutivo e a defesa indireta – e da qualidade do documento – não alegação de falsidade – dependem da devida oportunidade à manifestação do demandado, especialmente da análise da defesa. Isso demonstra que liminar antes da ouvida do réu jamais pode ser tutela da evidência, embora possa ser concedida quando o tempo para a ouvida do

própria evidência do direito material pleiteado pelo autor. Deve-se lembrar que a tutela da evidência deve ser sempre reversível e que o juiz pode exigir uma caução de seu beneficiário como contracautela. O legislador do CPC procedeu a uma ponderação legítima entre as garantias inscritas no art. 5º, LV, CRFB/1988 de um lado e aquelas consagradas pelo art. 5º, XXXV, LXXVIII, CRFB/1988, de outro, decidindo por prestigiar estas em detrimento daquelas, quando o direito do autor é altamente provável e a possibilidade deste sofrer um dano marginal ocasionado pela duração do processo é maior do que a de um erro judiciário. O Direito não pode permitir que o réu se beneficie com a sua resistência processual injustificada¹¹⁶. A referida ponderação passa, portanto, pelo teste da razoabilidade/proporcionalidade.

Assim, deve-se fazer aplicação subsidiária do art. 311, CPC, ao procedimento do mandado de segurança¹¹⁷. Entretanto, o juiz somente pode conceder a liminar em mandado de

demandado puder causar dano. O parágrafo único do art. 311 não é apenas uma peça que não foi feita para o jogo ou que não cabe no tabuleiro. Ao exigir direito evidente e, assim, não poder dispensar a análise da defesa, tutelada evidência antes da ouvida do réu não é apenas uma contradição em termos; é igualmente uma tutela que viola o contraditório e o direito da defesa. Não há como admitir que um fato constitutivo está provado mediante documento antes da ouvida do demandado. De outro modo, o procedimento monitorio, em caso de prova escrita que configura prova documental ou documento, também deveria abrir oportunidade para a tutela do direito antes da citação do réu. No mínimo para que os direitos não fossem tratados de modo diferente. E nem se diga que os incisos II e III representam formas de tutela jurisdicional diferenciada ou especial. O inciso II afirma pressupostos para a tutela da evidência que podem ser encontrados nas mais diversas situações de direito substancial. De outra parte, embora relativo à hipótese específica do contrato de depósito, o inciso III está inserido num quadro em que a lógica da tutela da evidência deve ser preservada sob pena de se ter outra forma de tutela – que não a tutela da evidência. Da mesma forma, o Governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.492, perante o Supremo Tribunal Federal, na qual requer a declaração de inconstitucionalidade da referência feita pelo art. 311, parágrafo único, CPC, ao inciso II, do caput mesmo artigo, sustentando que: “[...] nada justifica, quando ausente a urgência, que apenas o autor tenha o direito de influenciar a convicção do juiz sobre tais passos no caminho lógico para a concessão da medida, privando o réu de igual participação prévia; nada, absolutamente nada permite concluir que, mesmo no caso do art 311, II, do CPC/15, a defesa seja tida como presumivelmente inconsistente. Sendo assim, esse juízo sobre “quem aparenta ter mais razão” no processo, à luz do art. 5º, LV, da Constituição, deve ser condicionado ao momento posterior à participação do réu, logo após a apresentação de defesa, repelindo-se a concessão liminar da tutela de evidência, já que, repita-se mais uma vez, sequer há urgência a exigir a tutela imediata do interesse do autor. E tanto é assim que o Código, ao disciplinar os poderes do relator nos Tribunais (art. 932), acertadamente restringe o provimento monocrático de recursos a um momento claro e definido, para “depois de facultada a apresentação de contrarrazões” (inc. V), e isso mesmo que fundado em precedentes similares aos que lastreiam o art. 311, II, do CPC/15 (alíneas V a ‘e’), em um sinal de respeito à audiência bilateral na esfera recursal lamentavelmente não refletido no campo da tutela provisória.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da Ação Direta de Constitucionalidade nº 5.492, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 09 jan. 2018.

¹¹⁶ BODART, Bruno Vinicius da Rós. **Tutela da evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 112: “O processo não pode premiar a resistência em juízo, como se fosse verdadeira fonte de benefícios, tornando vantajoso àquele que não tem razão dilatar o curso processual, em vez de colaborar para o atendimento do direito que assiste à parte ex adverso”.

¹¹⁷ BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. I Jornada de Direito Processual Civil. (Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017). Disponível em: <http://www.cjf.jus.br>: “Enunciado 49 – A tutela da evidência pode ser concedida em mandado de segurança”. Acesso em: 03 set. 2017.

segurança baseada unicamente na evidência, ou seja, “independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando” o autor tiver demonstrado suas alegações de fatos jurídicos por documentos e “houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” que sirva de fundamento jurídico ao pedido do autor (art. 311, II, e parágrafo único, CPC) e quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa” (art. 311, III, e parágrafo único, CPC).

Apesar de o art. 1º, §2º, Lei 12.016/2009, estabelecer que: “não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público”, o “contrato de depósito” referido pelo art. 311, III, CPC, pode ser celebrado fora deste contexto. Imagine-se, por exemplo, uma requisição de um bem não consumível¹¹⁸, impropriamente denominada “contrato”. Neste caso, tendo a requisição sido praticada sem amparo legal, ou, tendo sido realizada regularmente, esgotar-se o termo a que foi sujeita, o administrado pode impetrar mandado de segurança em face da entidade da administração pública que requisitou o seu bem não consumível requerendo liminar que imponha a devolução desta coisa, com fundamento no art. 311, III, CPC.

Entretanto, para que não restem dúvidas quanto a essas possibilidades, sugerimos a inserção de novo parágrafo no art. 7º, Lei 12.016/2009, com a seguinte redação:

Lei 12.016/2009	Proposta de alteração da Lei 12.016/2009
Sem correspondente.	<p>Art. 7º, §6º. A liminar será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:</p> <p>I - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;</p> <p>II - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada da requisição sujeita a termo já esgotado, ou</p>

¹¹⁸ Sobre a requisição e suas espécies, cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, e-book, itens 114.2, 116.2 e 129.2.2. Cf., ainda, ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 276.

	realizada sem amparo legal, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa contra a autoridade coatora;
--	---

Aquele que ajuíza ação de mandado de segurança inicia um processo de conhecimento¹¹⁹ que deverá seguir o mencionado procedimento especial e que dará origem a uma sentença terminativa ou de mérito. A depender do caso concreto, a sentença de mérito pode ser meramente declaratória, ou declaratória e condenatória, ou declaratória e constitutiva¹²⁰⁻¹²¹.

¹¹⁹ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22. BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. v. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74.

¹²⁰ BARBI, Celso Agrícola. **Da mandado de segurança**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 49: “[...] o mandado de segurança tem conteúdo variável, podendo a pretensão do autor ter objetivos diversos; quando o pedido for para abstenção de um ato, como no caso do mandado de segurança preventivo, ter-se-á uma sentença condenatória; se visa à anulação de ato administrativo que lesou direito do impetrante, a sentença será constitutiva. Assim, o mandado de segurança não pode ser classificado, em tese, como ação declaratória, condenatória ou constitutiva. [...] o mandado de segurança não pode, como figura geral, ser classificado, “com exclusividade”, em qualquer dos três tipos de ação que se caracterizam pela natureza da “sentença” pleiteada. Em cada caso concreto é que se poderá dizer se a ação ajuizada é condenatória, constitutiva ou declaratória. O que se pode afirmar, com base apenas na observação do movimento forense, é a predominância dos casos em que a ação tem caráter constitutivo.” BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. v. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 75: “Das considerações que acabam de ser feitas, decorre que o mandado de segurança é uma ação de conhecimento, que começa com uma petição inicial (Lei n. 1.533, art. 6º) e termina por uma sentença, que põe termo ao processo, julgando ou não o mérito (Lei n. 1.533, arts. 8º e 12). O que determina e qualifica a natureza da ação de segurança é o pedido formulado pelo impetrante, que pode ser: a) meramente declaratório; b) constitutivo; ou c) condenatório. Exemplo da primeira espécie é o pedido de declaração de inexistência de relação jurídica tributária criada por lei inconstitucional; exemplo da segunda espécie é a desconstituição de nomeação de servidor público por inobservância da ordem de classificação no concurso; exemplo da terceira espécie é a ação do servidor da administração direta ou autárquica, tendo por objeto o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias. A frequência com que se reiteram, todos os dias, nos juízos de primeiro grau e nos tribunais, as três espécies de pedidos (meramente declaratório, constitutivo e condenatório), demonstra que não se pode atribuir ao mandado de segurança caráter executivo, de contramedida ou de interdito possessório. A sentença é a resposta do juiz ao pedido formulado pelo impetrante. Embora, considerado genericamente, o mandado de segurança tenha por escopo invalidar ato de autoridade eivado de ilegalidade ou abuso de poder, quando submetido à apreciação judicial cabe ao impetrante particularizar a ofensa ao seu direito líquido e certo, postulando de modo específico a sua tutela. Semelhante pedido é que define a natureza da ação, dando-lhe caráter declaratório, constitutivo ou condenatório. Antes da propositura da ação parece difícil senão impossível generalizar um conceito de mandado de segurança abrangente de todos os possíveis casos. Por isso julgamos de bom aviso aplicar ao mandado de segurança a doutrina da classificação tripartida das ações, consagrada pela generalidade dos autores”.

¹²¹ Adotamos a classificação ternária das sentenças e não a quinária que as divide em meramente declaratórias, condenatórias, constitutivas, mandamentais e executivas. Sobre a classificação quinária das ações e das sentenças que lhes correspondem, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. t. I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 137-139, afirma que: “Não há nenhuma ação, nenhuma sentença que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva. A ação somente é declaratória porque sua eficácia maior é a de declarar. Ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute. [...] O vencedor, que teve declarada a relação jurídica, que lhe interessava, pode exercer a pretensão à preceituação nos próprios autos da ação declaratória. [...] O autor pode ir contra o réu com o preceito, se o réu tem algo a fazer em contrário ao

O direito material ou processual passível de ser protegido pelo mandado de segurança não precisa ser necessariamente fundamental¹²². Entretanto, o mandado de segurança constitui garantia fundamental, pois está previsto no art. 5º da Constituição Federal, inserido no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais – da Carta Magna. Assim não pode ser abolido por emenda, tendo em vista o disposto no art. 60, §4º, IV, da CRFB/1988¹²³.

As garantias fundamentais são instrumentos contra o exercício antidemocrático do poder. No Estado Democrático de Direito, o exercício do poder pelos agentes estatais deve sempre se conformar à lei e à Constituição, para que seja legítimo. O mandado de segurança é uma garantia contra a ilegalidade – aqui compreendido o abuso de poder – cometida por agentes públicos contra direitos subjetivos. Ora, se o controle da juridicidade dos atos de poder pode ser feito por meio do mandado de segurança, fica evidente a relação que este tem com o princípio democrático¹²⁴.

A liminar em mandado de segurança constitui tutela provisória de urgência e da evidência, ou apenas da evidência, nos casos do art. 311, II, III, e parágrafo único, CPC/2015. Em outras palavras, a liminar em mandado de segurança somente “será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do

declarado, ou se algo tem em contrário ao declarado, ou se algo fez em contrário. Não se precisa da propositura de ação nova. Se se precisasse, a carga seria medita e não imediata. A ação somente é constitutiva porque a sua carga maior é a de constitutividade. Ação constitutiva é a ação predominantemente constitutiva. A sentença, que ela espera, mais constitui do que declara, do que manda, do que executa, do que condena. A carga de eficácia imediata é de declaração[...]”.

¹²² O art. 107, I, da Constituição mexicana, ao invés, estabelece que somente os direitos consagrados por ela podem ser defendidos por meio do juízo de amparo: “*Artículo 107. I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. [...]*”. MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2017. Tradução: O juízo de amparo será concedido sempre a pedido da parte agravada, tendo tal caráter quem aduz ser titular de um direito ou de um interesse legítimo individual ou coletivo, sempre que alegue que o ato reclamado viola os direitos reconhecidos por esta Constituição e com este seja afetada sua esfera jurídica, seja de maneira direta, seja em virtude de sua especial situação frente ao ordenamento jurídico. (Tradução nossa).

¹²³ Nesse sentido, Mauro Luís Rocha Lopes defende que: “Sendo garantia fundamental do cidadão prevista no art. 5.º da Lei Magna, o mandado de segurança é instrumento perene do Direito brasileiro, verdadeira cláusula constitucional pétrea ou imodificável, do que resulta que emenda tendente a aboli-lo sequer poderá ser deliberada (art. 60, § 4.º, IV, da CF/1988)”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (Coord.). **Mandado de segurança individual e coletivo**: Lei 12.016/2009 comentada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 30. No mesmo sentido, GRECO, Leonardo. Por um novo mandado de segurança: retorno à origem?. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XI, p. 269-277, jan./ jun. 2013. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 03 mar. 2014. Ainda no mesmo sentido, BUENO, Cássio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

¹²⁴ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 21-22.

processo, quando” estiverem presentes, no caso concreto, os requisitos do art. 311, II, III, e parágrafo único CPC, já que estes dispositivos adotaram conceitos restritivos de direito evidente. Assim, de acordo com o art. 311, II e parágrafo único, CPC, para ser amparado liminarmente, não basta que o direito material ou processual subjetivo do impetrante seja evidenciado por prova documental pré-constituída, devendo, ainda, existir precedente ou súmula vinculante que o ampare. Da mesma forma, caso o documento apresentado ou referido pelo autor seja prova de contrato de depósito que este celebrou com a Fazenda Pública a liminar em mandado de segurança poderá constituir tutela da evidência, independentemente de qualquer outro requisito (art. 311, III e parágrafo único, CPC). Dessa maneira, embora o art. 7º, III, Lei 12.016/2009, se refira, tão somente, à suspensão do ato impugnado, a liminar em mandado de segurança pode abranger qualquer conteúdo permitido pelo ordenamento jurídico e idôneo: a evitar ou a fazer cessar a prática de ilícito, a remover os efeitos práticos de ilícito, a efetivar obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa certa, a evitar ou reparar dano, ou a garantir o resultado útil do processo¹²⁵.

¹²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo**. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, e-book, capítulo VIII, n.º 75: “[...] no deferimento da liminar do mandado de segurança, o poder do juiz não está limitado à suspensão do ato impugnado. Pode determinar, também, providências ativas, dentro do conceito moderno de antecipação de tutela (CPC, art. 273). Sempre que tal se revelar indispensável para assegurar a efetividade do acesso à justiça e da tutela a que tenha direito o impetrante³⁸. Na verdade, o que autoriza o art. 7º, III, Lei 12.016 é um provimento de urgência de largo espectro que tanto pode configurar medida cautelar, medida de antecipação de tutela, como, ainda, medida satisfativa, capaz de esgotar até mesmo o objeto do pedido, a exemplo do que excepcionalmente se dá com a ordem de fornecimento de medicamentos.”. No mesmo sentido, DECOMAIN, Pedro Roberto. **Mandado de segurança** (o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09). São Paulo: Dialética, 2009, p. 286: “Pode o magistrado, em mandado de segurança repressivo, suspender os efeitos que do ato decorrerão, isto é, determinar que o ato não se cumpra, até que o mandamus seja decidido. Já no mandado de segurança preventivo, poderá determinar que o ato nem seja praticado, até que sobrevenha eventual decisão final de improcedência da ação. Assim, a expressão ‘suspender o ato impugnado’ pode perfeitamente ter três significados: (a) no mandado de segurança repressivo, suspensão dos efeitos ou do cumprimento do ato, até decisão final; (b) no preventivo, suspensão da prática do próprio ato; e (c) no mandado de segurança contra omissão, determinação de que o ato indevidamente omitido seja praticado.”.

5 TUTELA DEFINITIVA E TUTELA PROVISÓRIA

A tutela definitiva se fundamenta em cognição exaustiva, que é aquela obtida após o exercício pleno do direito à ampla defesa e ao contraditório por todas as partes do processo e da produção de todas as provas pertinentes, inclusive daquelas que o órgão jurisdicional deva produzir de ofício. Já a tutela provisória¹²⁶ é a que, tendo por objetivo tornar o direito demandado efetivo mais rapidamente, se baseia em cognição sumária¹²⁷. Por esta razão, pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 296, CPC), mesmo antes da sentença, desde que, venha a ser produzida prova que demonstre a inexistência, no momento de sua concessão, do estado de fato que a justificou ou a superveniente modificação deste¹²⁸. A alteração do ordenamento jurídico, ocorrida após o deferimento da tutela provisória referente à relação jurídica de direito material de trato continuado, também pode justificar a sua modificação ou revogação. Contudo, o “simples reexame pelo juiz dos fatos e circunstâncias apreciados por ocasião da concessão” não justifica a revogação ou modificação da tutela provisória anteriormente deferida, salvo julgamento de procedência de embargos de declaração com efeitos infringentes, pois terá havido preclusão quanto à questão¹²⁹. Como veremos de forma mais aprofundada adiante, esta preclusão é expressamente consagrada pelo art. 488, §2º, CPC francês, quanto às *ordonnances de référé* e é denominada, pela doutrina de “coisa julgada para o provisório” (*chose jugée au provisoire*)¹³⁰.

¹²⁶ O CPC dedicou todo o seu Livro V, que abrange os arts. 294 a 311, à disciplina da tutela provisória.

¹²⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 562.

¹²⁸ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no Novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 268-298, jan./jun. 2015, p. 271.

¹²⁹ Em sentido diverso, GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 320-322, jul./ dez. 2014. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em: 11 jun. 2015, sustenta que: “A revogabilidade pode resultar de novos fatos e novas provas ou do simples reexame pelo juiz dos fatos e circunstâncias apreciados por ocasião da concessão. Uma noção mais restrita de revogabilidade, que limite a retratação do juízo de concessão ou de denegação ao surgimento de novos fatos ou de novas provas, se, de um lado, conferiria mais estabilidade às relações jurídicas material e processual entre as partes, correria o risco de frustrar o acesso à tutela jurisdicional efetiva de interesses merecedores de proteção, já que não se pode esquecer que, tanto uma quanto outra (a concessão ou a denegação), são o resultado precário de uma cognição incompleta que, por isso mesmo, deve sempre estar sujeita a revisão das suas conclusões”.

¹³⁰ BONATO, Giovanni. *I référés nell'ordinamento francese*. In: CARRATTA, Antonio. **La tutela sommaria in europa – studi**. Nápoles: Jovene Editore, 2012, p. 53. BONATO, Giovanni. **Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano**. Disponível em: <www.judicium.it>. Acesso em: 07 nov. 2017, p. 9.

Podemos concluir que a tutela provisória é sempre precária¹³¹. “A decisão que julga improcedente o pedido final gera a perda de eficácia da tutela” provisória¹³² concedida em favor do autor ou do reconvinente. Contudo, a revogação da tutela provisória antes da sentença ou da decisão interlocutória que julga parcialmente o mérito, com base no art. 356, CPC, depende de requerimento do interessado, em razão do princípio da inércia da jurisdição (artigos 2º e 492, CPC)¹³³. Esta norma também veda a modificação da tutela provisória de ofício.

A tutela provisória conserva sua eficácia durante o período de suspensão do processo, salvo decisão judicial em contrário (art. 296, parágrafo único, CPC).

¹³¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 568. No mesmo sentido, GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 359: “[...] Tutela provisória é aquela que, em razão da sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva.”. Ainda DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 2017, p. 851-852: “Na linha de uma evolução doutrinária e legislativa desenvolvida a partir do Código de Processo Civil de 1973, o estatuto vigente estabelece uma distinção muito clara entre a tutela jurisdicional definitiva e a provisória, dedicando a esta todo um Livro que vai de seu art. 294 ao 311. Inclui nesse trato as medidas urgentes, que poderão ser cautelares ou antecipatórias, e as medidas portadoras de tutela da evidência. O Código cuida de estabelecer desde logo esse dualismo, o que faz ao dispor que “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência” (art. 294). Todas essas medidas relacionam-se de algum modo com o tempo e, cada uma a seu modo, todas visam a acelerar o exercício da jurisdição e a produção de seus resultados úteis, com vista à tempestividade desta e à efetividade dos direitos. Todas elas são passíveis de serem concedidas mediante uma cognição sumária destinada à avaliação probabilística da presença de um direito a ser preservado. Não há a necessidade, que para as tutelas definitivas se impõe, das investigações mais profundas que caracterizam a cognição exauriente de todos os fatos e de todas as provas pertinentes à solução do litígio e capazes de eliminar toda e qualquer dúvida, incutindo a certeza no espírito do juiz. A provisoriedade de tais medidas é um contrapeso ao risco das decisões tomadas sem essa certeza - dispondo expressamente o Código de Processo Civil que “a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada” (art. 296). Outro contrapeso a esse risco é a responsabilidade objetiva do beneficiário das medidas provisórias, quando a efetivação destas houver causado algum prejuízo ao adversário (art. 302 [...]). Assim considerada, a tutela jurisdicional provisória contrapõe-se à tutela definitiva, sendo esta destinada a produzir efeitos permanentes e indelévels nas relações entre os sujeitos litigantes em sua vida exterior ao processo. O grau máximo da definitividade das tutelas jurisdicionais definitivas é aquele obtido mediante a outorga da autoridade da coisa julgada material, que só sobre as decisões de mérito incide - ou seja, sobre as decisões com as quais se concede uma tutela definitiva.”.

¹³² FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fppprocessualistascivis.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 03 set. 2017. Enunciado n.º 140.

¹³³ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 359: “a regra geral do artigo 296” admite a revogabilidade da tutela provisória não estabilizada “a qualquer tempo, o que [...] significa que a tutela cautelar ou antecipatória, de urgência ou de evidência, possa sempre ser revogada ou modificada, independentemente de demanda autônoma, mas sempre a requerimento do interessado, e não de ofício pelo próprio juiz, porque, em qualquer caso, se trata de exercício do poder jurisdicional que, salvo disposição expressa de lei, deve ater-se à provocação do interessado. Essa revogação poderá ser apreciada e decidida nos próprios autos da medida antecedente ou do processo principal, mas o seu requerimento, salvo excepcional urgência, deverá ser submetida a prévia manifestação da parte contrária e a eventual produção de provas a respeito do requerido. Fruto de cognição incompleta, a concessão da tutela provisória deve estar sempre sujeita à possibilidade da sua revogação, seja em razão do surgimento de novos fatos ou novas provas, seja em razão do reexame dos elementos que anteriormente determinaram a sua concessão”.

O gênero “tutela provisória” se divide em duas espécies: a tutela de urgência¹³⁴ e a tutela da evidência¹³⁵⁻¹³⁶. A tutela provisória de urgência abrange duas subespécies: a tutela provisória de urgência “antecipada” (art. 300, §3º, CPC), que tem natureza satisfativa, isto é, se destina à satisfação prévia do direito material a que se refere o pedido principal¹³⁷ e a tutela provisória de urgência “cautelar” (art. 301, CPC), cujo objetivo não é satisfazer o direito material do autor, mas assegurar o resultado útil do processo¹³⁸, ou seja, conferir “segurança ao direito à tutela do direito material”¹³⁹. A tutela cautelar pode consistir na produção

¹³⁴ A tutela de urgência é disciplinada pelo Título II do Livro V CPC, que abrange os arts. 300 a 310.

¹³⁵ A tutela da evidência é disciplinada pelo art. 311, CPC que, sozinho, compõe o título III do livro V.

¹³⁶ O art. 294, caput, CPC estabelece que: "A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência". BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015.

¹³⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 531: “A tutela antecipatória possui natureza satisfativa. Por intermédio dela, o juiz profere decisão interlocutória no curso de um processo de conhecimento, cujo teor consiste na antecipação dos efeitos que só seriam alcançados com a prolação da sentença”.

¹³⁸ CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 156: "Chama-se tutela cautelar à tutela de urgência do processo, isto é, à tutela provisória urgente destinada a assegurar o futuro resultado útil do processo, nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade. Pense-se, por exemplo, no caso de um devedor que, antes de vencida sua dívida, tente a desfazer-se de todos os bens penhoráveis. Não obstante a alienação desses bens não comprometa a existência do direito de crédito, certo é que o futuro processo de execução não será capaz de realizar na prática o direito substancial do credor se não houver no patrimônio do devedor bens suficientes para a realização do crédito. Verifica-se, aí, uma situação de perigo para a efetividade do processo, isto é, para a aptidão que o processo deve ter para realizar na prática o direito substancial que efetivamente exista (podendo-se falar, aí, em perigo de infrutuosidade). Em casos assim, faz-se necessária a previsão de mecanismos processuais destinados a assegurar a efetividade do processo, garantindo a futura produção de seus resultados úteis. A tutela provisória cautelar, portanto, não é uma tutela de urgência satisfativa do direito (isto é, uma tutela de urgência capaz de viabilizar a imediata realização prática do direito), mas uma tutela de urgência não satisfativa, destinada a proteger a capacidade do processo para produzir resultados úteis. Na hipótese que acaba de ser figurada como exemplo a tutela provisória deverá consistir na apreensão de tantos bens do devedor quantos bastem para assegurar a futura execução". No mesmo sentido, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 531: “a tutela cautelar apresenta natureza instrumental, voltando-se para um processo de conhecimento ou para um processo de execução”, não possuindo cunho satisfativo, uma vez que é somente ao final do processo que o reconhecimento do direito que se busca será alcançado, e não com a tutela cautelar”. Defendendo a existência de tutela definitiva cautelar, apta a gerar coisa julgada, ideia com a qual não concordamos, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. *Curso de Direito Processual Civil*. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 562-566.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 78-83: “cautelar é a tutela assecuratória da tutela prometida pelo direito material e da situação a que o direito material confere tutela jurídica. Tal tutela é um direito da parte e um dever do Estado, não se fundando no direito de ação, mas sim no próprio plano do direito material. [...] A tutela cautelar não pode ser vista como dirigida a assegurar a utilidade do processo. Como é evidente, a única utilidade que o autor almeja quando vai a juízo é a tutela do direito material. Assim, a tutela cautelar somente pode ser relacionada com a efetividade da tutela do direito ou com a segurança da situação tutelável. [...] a sentença condenatória não é suficiente para prestar a tutela ressarcitória pelo equivalente. A sentença condenatória é apenas uma técnica que contribui para a prestação da tutela do direito. A tutela pelo equivalente monetário depende da execução. Portanto, a tutela pelo equivalente jamais, em tempo algum, foi prestada pela sentença condenatória. É somente por este motivo [...] que o arresto não pode ser substituído pela

antecipada de prova de fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor ou do reconvincente, ou de indício de fato desse tipo. Também pode consistir em medida destinada a garantir a execução de título executivo judicial ou extrajudicial, a exemplo do arresto, do sequestro, do arrolamento de bens, e do registro de protesto contra alienação de bem (art. 301, CPC). Já a tutela da evidência tem sempre natureza satisfativa¹⁴⁰.

condenação, devendo sobreviver até a execução e a conseqüente tutela do direito. Aliás, [...] a tutela cautelar apenas poderia ser substituída pelas sentenças autossuficientes, ou seja, pelas sentenças declaratória e constitutiva, que, respectivamente, prestam as tutelas declaratória e constitutiva. As sentenças condenatória, mandamental e executiva, porque dependem da execução para que a tutela jurisdicional do direito seja prestada, jamais poderão substituir a tutela cautelar. Quer isto dizer que a tutela cautelar não se destina a resguardar o processo que culmina na condenação, mas a garantir a fruítuosidade da tutela do direito material que depende das técnicas condenatória e executiva. Sublinhe-se que, neste caso, a cautelar tutela o direito à tutela do direito e não simplesmente o direito material ou a pretensão de direito material. Não o direito de crédito ou o poder de exigir o crédito, mas o direito à tutela do direito à prestação pecuniária. É claro que, ao se tutelar a tutela do direito à prestação pecuniária, tutela-se, ainda que por consequência, o direito de crédito e a pretensão de direito material. Porém, quem tem um direito de crédito que ainda não pode ser exigido, ou já tem o poder de exigi-lo, somente pode temer a impossibilidade de obter a tutela do crédito e, assim, deve requerer tutela cautelar para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional do direito. [...] Há casos em que a ameaça não recai sobre a efetividade da tutela do direito, mas sobre a própria situação tutelável. A tutela cautelar, então, deixa de assegurar a efetividade da tutela do direito para assegurar a situação tutelável. Há certas tutelas que não dependem de um conteúdo desligado da decisão jurisdicional. São as tutelas declaratória e constitutiva, que se realizam com a mera prolação da sentença. As sentenças declaratória e constitutiva, que prestam as tutelas que têm o mesmo nome, não dependem de execução, sendo ditas autossatisfativas. Tais sentenças não exigem execução exatamente porque prestam tutelas que não têm conteúdos que devem ser buscados fora da decisão jurisdicional. Isso quer dizer que as tutelas declaratória e constitutiva, enquanto realidades normativas ou, mais precisamente, exclusivamente dependentes da decisão jurisdicional, não são sensíveis ao perigo de dano. O que pode correr risco de dano é a situação jurídica tutelável mediante a declaração e a constituição. Enquanto as tutelas declaratória e constitutiva não são prestadas, a situação para a qual a ordem jurídica garante tais tutelas certamente pode exigir tutela cautelar. Nesta hipótese, a tutela cautelar não estará assegurando a efetividade da tutela do direito, mas a situação que se deseja tutelar mediante a sentença. O perigo pode fazer surgir a necessidade de segurança da situação que se pretende ver declarada ou constituída. Isso pode ocorrer tanto na ação declaratória positiva ou negativa, quanto na ação constitutiva positiva ou negativa. De qualquer forma, há como reduzir estas duas “formas” da tutela cautelar – segurança da efetividade da tutela do direito e segurança da situação tutelável – a uma única faceta, uma vez que a cautelar, nas duas hipóteses, acaba dando segurança ao direito à tutela do direito material. Note-se que situação tutelável não é o mesmo que situação acionável – ou capaz de ser afirmada mediante o exercício do direito de ação –, mas situação a que a ordem jurídica outorga tutela ou proteção. Fala-se aqui, portanto, de situação materialmente tutelável. Ora, tutela prometida pelo direito material e situação materialmente tutelável são aspectos de um mesmo fenômeno, que se expressa através do direito à tutela do direito material. Melhor explicando: o direito à tutela do direito material pode ser negado não apenas por uma tutela do direito inefetiva ou incompleta, mas também por danos provocados à parte enquanto a situação jurídica não é tutelada. Por outro lado, é importante esclarecer que o titular de um direito ameaçado de violação tem ao seu dispor a tutela inibitória e não a cautelar. A tutela do direito ameaçado de violação é a inibitória, cuja função é distinta da cautelar. A inibitória tutela o direito ameaçado, impedindo a sua violação, enquanto a cautelar assegura a tutela prometida ao direito violado ou para a hipótese de sua violação ou assegura a situação jurídica tutelável mediante declaração ou constituição. Ademais, além de a tutela cautelar não se confundir com a tutela inibitória (preventiva), nem toda tutela urgente é tutela cautelar. A tutela prestada no curso do processo, sob o signo da urgência, mas cuja substância é a mesma da tutela que se espera obter ao final do processo, constitui tutela satisfativa sumária ou tutela antecipada e não tutela dirigida a garantir a fruítuosidade da tutela final ou apenas a assegurar a situação jurídica tutelável”.

¹⁴⁰ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 268-298, jan./jun. 2015, p. 271. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 156, defende que: "a tutela de urgência satisfativa (tutela antecipada de urgência) se destina a permitir a imediata realização prática do direito alegado pelo demandante, revelando-se

A tutela de urgência – antecipada ou cautelar – também é classificada, quanto ao momento em que é requerida, em: antecedente ou incidental¹⁴¹.

Quanto à ocasião em que a parte formula o pedido de tutela provisória em comparação com o instante em que faz o pedido de tutela definitiva, o requerimento da tutela provisória será antecedente quando formulado antes do pedido de tutela definitiva, ou incidental, quando apresentado simultânea ou supervenientemente a este. "Preenchidos os pressupostos de lei, o requerimento de tutela provisória incidental pode ser formulado a qualquer tempo, não se submetendo à preclusão temporal"¹⁴². A tutela provisória, seja antecedente, seja incidental, é sempre requerida no mesmo processo em que é ou será pedida a tutela definitiva¹⁴³.

A tutela provisória de urgência pode ser pedida de modo antecedente, ou seja, antes do pedido principal, em razão da própria urgência, mas também pode ser requerida de forma incidental, isto é, conjuntamente com o pedido principal, na petição inicial, ou após este. Já a tutela provisória de evidência somente pode ser requerida de maneira incidental, uma vez que sua concessão prescinde da demonstração de urgência¹⁴⁴.

O organograma abaixo demonstra, de forma didática, as diversas modalidades de tutela provisória previstas pelo CPC, descritas acima:

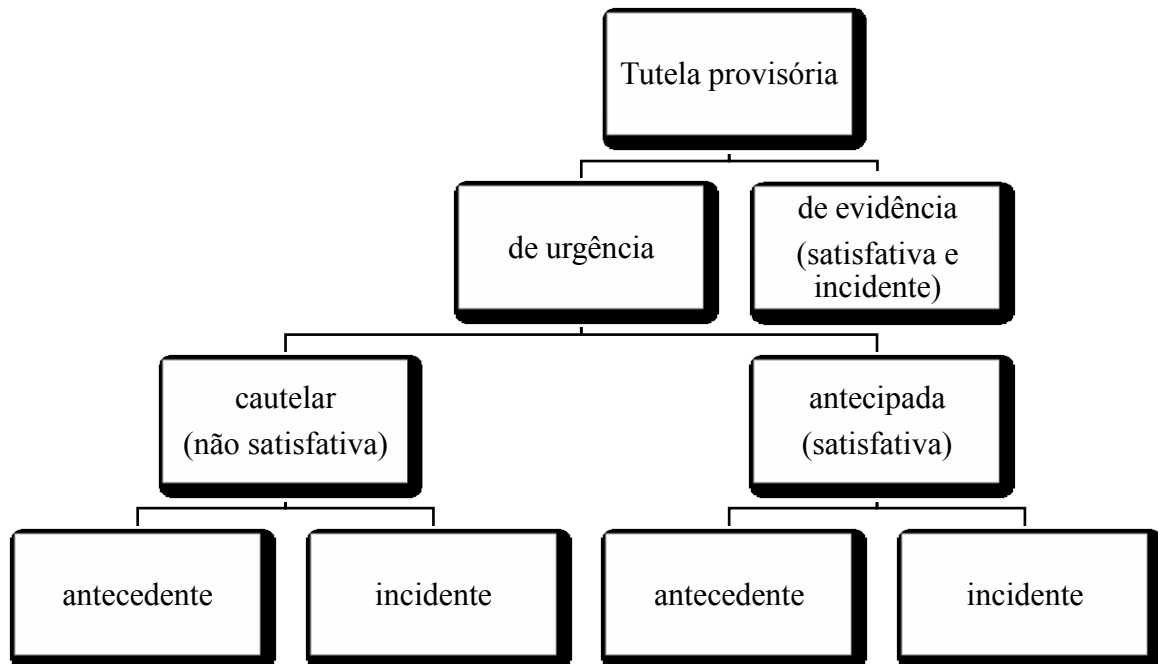
adequada em casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial (perigo de morosidade). Pense-se, por exemplo, no caso de alguém postular a fixação de uma prestação alimentícia, em caso no qual a demora do processo pode acarretar grave dano à própria subsistência do demandante. Para casos assim, impõe-se a existência de mecanismos capazes de viabilizar a concessão, em caráter provisório, da própria providência final postulada, a qual é concedida em caráter antecipado (daí falar-se em tutela antecipada de urgência), permitindo-se uma satisfação provisória da pretensão deduzida pelo demandante".

¹⁴¹ O art. 294, parágrafo único, CPC dispõe que: "A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental". BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015. , DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 570-572.

¹⁴² FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 496.

¹⁴³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 571.

¹⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 571.



A utilização da palavra “provisória” para designar a tutela fundada em cognição sumária é inadequada, tendo em vista que o art. 304, CPC, prevê a possibilidade de estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente. Uma vez estabilizada, a mesma torna-se definitiva. Assim, mais adequado seria o emprego do adjetivo "antecipada" para qualificar a tutela baseada em cognição sumária, pois este se refere ao momento em que a mesma é concedida. Pela mesma razão, a utilização do vocábulo "antecipada" para designar a tutela provisória de urgência que coincide com o pedido principal, de mérito, é inapropriada, sendo mais adequada a palavra "satisfativa"¹⁴⁵.

O art. 295, CPC, dispensa o requerimento incidental de tutela provisória do pagamento de custas. A regra se justifica, “uma vez que a parte já arcou com as custas necessárias ao seu ingresso em juízo”, não sendo necessário que realize “novo recolhimento, no mesmo

¹⁴⁵ BODART, Bruno Vinicius da Rós. **Tutela da evidência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 110: “[...] a provisoriedade é característica da decisão que inevitavelmente será substituída por um provimento posterior, baseado em cognição exauriente, que a confirmará ou não. Todavia o Código de 2015 contempla, em seu art. 304, a figura da estabilização da tutela antecipada, de modo que é possível a eternização dos efeitos da tutela de urgência ou de evidência sem que seja necessária a prolação de uma decisão posterior para confirmar aquela primeira - nesse caso, não é correto qualificar a tutela como provisória, pois produzirá efeitos sine die. o ideal seria a adoção da expressão "tutela antecipada" como gênero, a abranger como espécies a de urgência e a de evidência. Em vez disso, preferiu o legislador insistir em antiga e estéril discussão acadêmica, subdividindo a tutela de urgência nas espécies 'tutela antecipada' e 'tutela cautelar'.

processo”¹⁴⁶. Assim, “É agravável o pronunciamento judicial que postergar a análise do pedido de tutela provisória ou condicionar sua apreciação ao pagamento de custas ou a qualquer outra exigência”¹⁴⁷. Como a tutela da evidência é sempre requerida em caráter incidental, sua concessão nunca depende do referido pagamento. O pedido antecedente de tutela provisória de urgência, por outro lado, implica no pagamento de custas processuais, quando não for requerida e concedida a gratuidade de Justiça. As custas, contudo, não dizem respeito especificamente à tutela provisória.

Embora o art. 99, §2º, CPC estabeleça que o juiz deve determinar à parte a comprovação do preenchimento dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade de justiça¹⁴⁸, caso existam nos autos elementos que evidenciem a falta destes¹⁴⁹, "havendo risco de perecimento do direito, o poder do juiz de exigir do autor a comprovação dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade não o desincumbe do dever de apreciar, desde logo, o pedido liminar de tutela de urgência"¹⁵⁰. Neste caso, o autor deverá recolher as custas após a apreciação do pedido de tutela de urgência e, caso deixe de recolhê-las, as mesmas serão objeto de execução fiscal.

A tutela provisória de urgência incidental – cautelar ou satisfativa – pode ser requerida: a) na petição de ingresso no processo do sujeito requerente: petição inicial, contestação, primeira petição do terceiro juridicamente interessado, primeira manifestação do Ministério Público¹⁵¹; b) petição intercorrente; c) oralmente, na audiência de conciliação, na

¹⁴⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 527.

¹⁴⁷ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 29.

¹⁴⁸ O art. 98, caput, CPC estabelece que: "A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma Lei". BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015.

¹⁴⁹ O Art. 99, §2º, CPC dispõe que: "O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos". Idem.

¹⁵⁰ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 385.

¹⁵¹ Nesse sentido dispõe o art. 308, §1º, CPC dispõe que: “O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar”. BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015.

audiência de instrução e julgamento, ou na sessão de julgamento no tribunal – caso em que o requerimento deve ser reduzido a termo; ou d) nas razões de qualquer recurso¹⁵².

O estado de urgência, já existente ao tempo da propositura da ação, impede que o autor reúna todas as provas e elabore, da melhor forma, seus argumentos jurídicos. Por esta razão, a lei autoriza o demandante a formular, em sua petição inicial, tão somente, o pedido de tutela provisória de urgência antecedente, mas exige que o demandante indique o pedido de tutela final (definitiva) e exponha, de forma resumida, a causa de pedir e o direito material que pretende realizar. Além disso,

- 1) Se a tutela solicitada for antecipada (satisfativa), o autor deve demonstrar a necessidade de antecipação do provimento jurisdicional com base no risco de dano material ou da prática de ato ilícito, durante o processo¹⁵³.
- 2) Se a tutela pedida for cautelar, o demandante deve demonstrar sua necessidade com base no risco ao resultado útil do processo (art. 305, CPC).

O juiz deve motivar de modo claro e preciso a decisão que concede, nega, modifica ou revoga a tutela provisória (art. 298, CPC). Assim, não atende à exigência constitucional de fundamentação (art. 93, IX, CRFB/1988) a decisão interlocutória que ao conceder ou indeferir a tutela provisória: se limita "à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida"; emprega "conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso"; invoca "motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão"; não enfrenta "todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador"; se limita "a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos"; deixa "de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem

¹⁵² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 571. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 159-160: "O requerimento incidental não se submete a qualquer formalidade, podendo ser deduzido na própria petição inicial (ou na contestação que sirva também como petição de oferecimento da reconvenção) ou em qualquer outra petição que venha a ser apresentada nos autos."

¹⁵³ Cf. art. 303, caput, CPC. A referência feita por este dispositivo ao "risco ao resultado útil do processo" é inadequada, pois, se a medida tivesse por objetivo assegurar o resultado útil do processo, teria natureza cautelar e não satisfativa.

demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento" (art. 489, §1º, CPC)¹⁵⁴.

Tendo o autor requerido a concessão liminar da tutela provisória, "o juiz deve justificar a postergação da análise liminar da tutela provisória sempre que estabelecer a necessidade de contraditório prévio"¹⁵⁵. Da mesma forma, deve fundamentar a postergação do contraditório, com base no *periculum in mora* verificado no caso concreto, se vier a deferir liminarmente a tutela provisória¹⁵⁶.

O pedido de tutela provisória incidental deve ser direcionado ao mesmo juízo ou órgão de tribunal que dirige o processo e que tem competência para julgar o mérito da lide. Da mesma forma, o juízo competente para conhecer do pedido de tutela definitiva terá também competência para apreciar o requerimento de tutela de urgência antecedente. "Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito" (art. 299, CPC).

Em todas as hipóteses, o requerente deve justificar de forma adequada o seu pedido de tutela provisória, apresentando, de forma inequívoca, o perigo de dano ou ilícito, ou o estado de evidência, bem como os resultados concretos cuja produção pretende antecipar¹⁵⁷.

O juízo competente para julgar o pedido principal é o competente para julgar o requerimento de tutela provisória, seja esta de evidência ou de urgência, seja cautelar ou antecipada, seja requerida em caráter antecedente, seja em caráter incidental¹⁵⁸. Assim, o registro ou a distribuição da petição de tutela provisória de urgência - cautelar ou antecipada - antecedente, torna prevento o juízo para o julgamento do pedido principal de mérito. Por

¹⁵⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 528, observa que: "o art. 298 impõe ao magistrado o dever de motivar, de modo claro e preciso, o seu convencimento ao conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, evitando, com isso, fundamentações genéricas. Importante lembrar aqui o comando previsto no art. 489, § 1º".

¹⁵⁵ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 30.

¹⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 579.

¹⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 572.

¹⁵⁸ Nesse sentido, o art. 299, caput, CPC dispõe que: "A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal". BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015.

outro lado, como o requerimento de tutela provisória de urgência - cautelar ou antecipada - ou de evidência incidental é formulado na mesma petição inicial em que é feito o pedido principal de mérito, o juízo para onde for distribuída a exordial será o competente para julgar ambos os pedidos (Art. 59, CPC).

O prazo para recorrer da decisão que concede tutela provisória a ser cumprida diretamente pela parte conta a partir da juntada do respectivo mandado de intimação, aviso de recebimento ou carta precatória aos autos. Já o prazo para a parte cumprir esta decisão inicia-se a partir de sua intimação¹⁵⁹.

O processo em que a tutela provisória é concedida, por meio de uma decisão interlocutória, é o mesmo em que a tutela definitiva o é, através da sentença, já que este é sincrético. Assim, a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) ou cautelar requerida em caráter antecedente dará origem a uma fase do processo e não a um processo autônomo. Poderá haver, ainda, uma fase destinada à cognição exauriente, uma fase de liquidação da sentença e uma fase de cumprimento desta¹⁶⁰.

5.1 Legitimidade para requerer a tutela provisória e a tutela definitiva no mandado de segurança

¹⁵⁹ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 271.

¹⁶⁰ BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*. Disponível em: <www.judicium.it>. Acesso em: 07 nov. 2017, p. 19: “*Dal punto di vista procedimentale, è interessante ricordare che il c.p.c. del 2015 rifiuta la soluzione dell'autonomia del processo cautelare, elimina la duplicità processuale e opta per l'introduzione di un processo totalmente sincretico che include la fase processuale relativa alla tutela provvisoria, passa per la tutela definitiva e culmina con la fase esecutiva*62. *In altre parole, tale sincretismo comporta l'esistenza di un processo unico (procedimento-padrão) articolato in più fasi processuali*63: *una prima fase, previa ed antecedente, che ha ad oggetto solo la domanda di tutela provvisoria; una seconda fase, a cognizione piena ed esauriente finalizzata a decidere sulla domanda di tutela finale (anche chiamata tutela definitiva o tutela principale); una terza fase conclusiva, denominata fase di cumprimento della decisione, diretta all'esecuzione-attuazione della decisione*”. Tradução: “Do ponto de vista procedimental, é interessante notar que o CPC de 2015 recusa a solução da autonomia do processo cautelar, elimina a duplicidade processual e opta pela introdução de um processo totalmente sincrético, que inclui a fase processual relativa à proteção provisória, passa pela tutela definitiva e culmina com a fase de execução. Em outras palavras, esse sincretismo importa a existência de um único processo (processo-padrão) articulado em várias fases processuais: um primeira fase prévia e antecedente, que tem por objeto somente a demanda de tutela provisória; uma segunda fase, de cognição plena e exauriente, destinada a decidir sobre a demanda de proteção final (também chamada de tutela definitiva ou tutela principal); uma terceira fase conclusiva, denominada fase de cumprimento da decisão, dirigida à execução desta. De qualquer modo, importa ressaltar que a disciplina da tutela provisória, estando contida na parte geral do CPC, aplica-se aos procedimentos da parte especial do código e, portanto, não apenas ao procedimento comum de cognição de primeiro grau, mas também às demais instâncias e à tutela executiva.”. (Tradução nossa).

Todos aqueles que têm legitimidade para pedir a tutela definitiva do direito material ou processual, no mandado de segurança, têm legitimidade para requerer a tutela provisória. Aquele que pode pedir a tutela definitiva de certo direito material também pode pedir a antecipação da satisfação deste direito, seja em razão da urgência, seja da evidência. Da mesma forma, está autorizado a solicitar uma medida cautelar que assegure o resultado útil do processo de mandado de segurança onde pleiteia a tutela daquele direito material¹⁶¹. Assim, são legitimados para requerer a tutela provisória no mandado de segurança: o Ministério Público, sempre que se configurar qualquer hipótese constitucional de atuação sua e o(s) autor(es).

O substituto processual, no mandado de segurança coletivo, tem legitimidade para pleitear a tutela definitiva e a tutela provisória do direito do substituído, pois é a substituição que confere todas as faculdades, deveres e ônus processuais deste¹⁶².

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “o rito procedimental do mandado de segurança é incompatível com a” assistência simples ou litisconsorcial, com a denunciação da lide e com o chamamento ao processo, tendo em vista o disposto no art. 24, Lei nº 12.016/09¹⁶³. Por esta razão, não cabe falar em legitimidade de assistentes, denunciados ou de chamados ao processo para requerer a tutela provisória no mandado de segurança. Entretanto, admitimos a participação de *amicus curiae* em mandado de segurança¹⁶⁴, desde

¹⁶¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 572-575.

¹⁶² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 575: “Também tem legitimidade o substituto processual, pois se está legitimado a defender o direito do outro, em razão do benefício que disso lhe resulta, mediante tutela definitiva, tem também legitimação para requerer tutela provisória correspondente.”.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32074, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014.

¹⁶⁴ Em sentido contrário à admissão de *amicus curiae* em mandado de segurança, ainda na vigência do CPC/1973: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26552 AgR-AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2007, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-02 PP-00267: “[...] Não se revela juridicamente possível a invocação da Lei 9.868/99 (art. 7º, § 2º) para justificar o ingresso de terceiro interessado, em mandado de segurança, na condição de “*amicus curiae*”. É que a Lei 9.868/99 - por referir-se a processos de índole eminentemente objetiva, como o são os processos de controle normativo abstrato (RTJ 113/22 - RTJ 131/1001 - RTJ 136/467 - RTJ 164/506-507, v.g.) - não se aplica aos processos de caráter meramente subjetivo, como o processo mandamental. [...]”; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26553 AgR-AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2007, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-02 PP-00281. Em sentido contrário à admissão de *amicus curiae* em suspensão de segurança, ainda na vigência do CPC/1973: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3273 AgR-segundo, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00234 RTJ VOL-00206-01 PP-00166: “[...] 3. Pedido de participação em suspensão na qualidade de *amicus curiae* que não foi objeto da decisão ora agravada, além de ser manifestamente incabível. [...]”.

que “a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia” (art. 138, caput, CPC) justifiquem a sua intervenção, já que, nesta hipótese, a participação do *amicus curiae* concretiza o princípio democrático (art. 1º, caput, CRFB/1988), pois amplia a “participação de setores da sociedade nos processos decisórios”, conferindo maior legitimidade e amadurecimento às decisões. O órgão jurisdicional deve utilizar todos os dados, explicações e opiniões fornecidas pelos sujeitos interessados, pelos representantes desses, e pelo *amicus curiae* para proferir o melhor julgamento possível. A intervenção do *amicus curiae* não compromete a paridade de armas, nem o contraditório, uma vez que este pode atuar em qualquer polo do processo. Tendo em conta os casos nos quais existe evidente transcendência subjetiva do conflito, isto é, em que os resultados do processo afetam não somente o direito das partes que dele participam desde o princípio, a oportunidade de contribuir com as decisões deve ser concedida às outras pessoas afetadas por estas. Os diversos pontos de vista e perspectivas “tendem a enriquecer sistematicamente o processo decisório”. Mesmo que o *amicus curiae* atue em prol de um dos litigantes, ou seja, a favor “do melhor esclarecimento de uma das teses” sustentadas, como acontece na maioria dos casos, sua intervenção permite que o julgamento seja proferido com base em um arcabouço de informações e argumentações provavelmente maior do que aquele disponível em caso de não participação deste terceiro interveniente. Dessa maneira, os argumentos e informações carreados pelo *amicus curiae* podem realmente colaborar para a juridicidade das decisões judiciais. O Código de Processo Civil de 2015 adotou o modelo cooperativo de processo que traz uma “maior abertura procedimental” a qual pode ser exemplificada pelo instituto do *amicus curiae*, expressamente previsto pelo art. 138, CPC. Os benefícios trazidos pela intervenção do *amicus curiae* em processo de mandado de segurança onde é discutido direito coletivo, em sentido amplo, claramente superam um eventual alongamento da duração total do processo. De qualquer forma, este inconveniente pode ser minimizado pelo emprego da tutela provisória. Assim, “a admissão do *amicus curiae*” proporcionará “um incontestável enriquecimento do Direito”, e um incremento da integração entre a realidade fática e o texto normativo. O *amicus curiae* amplia a pluralidade do debate e pode colaborar significativamente com o órgão jurisdicional no cumprimento de seu dever de fundamentação analítica das decisões (art. 93, IX, CRFB/1988 c/c art. 489, §1º, CPC), ao muni-lo com argumentos fáticos e jurídicos. Assim, contribui para a formação de decisões coerentes e estáveis que dificilmente serão reformadas em sede recursal¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Nesse sentido, CAVALCANTI, Alessandra Damian. O *amicus curiae* em mandado de segurança e em mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo: Conselho

Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), v. 15, n. 6, p. 235-236, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br>>. Acesso em: 23 dez. 2017, sustenta que: “a previsão do instituto do *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil representa um importante instrumento de valorização da jurisdição, pois além de possibilitar a participação ativa da sociedade, por meio dos representantes de seus órgãos representativos, que não integram os polos ativo e passivo das demandas, podendo ser admitido em todas as instâncias de julgamento, possibilita o enriquecimento das informações e dos argumentos que amparam as teses debatidas, valorizando o Estado Democrático de Direito, em questões complexas e de grande repercussão social. A ideia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição apresenta-se como uma perspicaz forma de harmonização da permanente tensão entre jurisdição constitucional e democracia e o instituto do *amicus curiae* é uma ferramenta eficaz para essa abertura procedimental. Assim, a admissão dos *amici curiae* em sede de mandado de injunção e em mandado de segurança no âmbito do Supremo Tribunal Federal poderá trazer mais elementos aos ministros julgadores, novos pontos de vista, o que contribuirá para a formação de decisões mais equilibradas e legítimas, além de proporcionar avanços na democratização, no aperfeiçoamento do Judiciário brasileiro, bem como na estruturação de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição”. Nesse mesmo sentido, o STF admitiu *amicus curiae* no seguinte recurso ordinário constitucional em mandado de segurança coletivo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 25.841, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 20/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 17-05-2013 PUBLIC 20-05-2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 dez. 2017. O relator fundamentou da seguinte maneira a sua decisão monocrática, de 14 jan. 2011, em que admitiu o *amicus curiae*, neste processo: “O instituto do *amicus curiae* sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional. Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados nos processos em análise pelo Supremo Tribunal Federal, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado. Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados. E não se argumente que o instituto do *amicus curiae* somente pode ser admitido em processos de controle abstrato, pois já houve decisão desta Corte, pelo Tribunal Pleno, no sentido de admitir a intervenção do *amicus curiae* em recurso extraordinário (RE 415.454, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 26.10.07). O chamado Brandeis-Brief – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no caso *Müller versus Oregon* (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples “questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição. [Cf., a propósito, HALL, Kermit L. (organizador), *The Oxford Companion to the Supreme Court of United States*, Oxford, New York, 1992, p. 85]. Hoje não há como negar a “comunicação entre norma e fato” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. (Cf., MARENHOLZ, Ernst Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*. Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53-54). Nesse sentido, a prática americana do *amicus curiae brief* permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos), no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades. A propósito, referindo-se ao caso *Webster versus Reproductive Health Services*, que poderia ensejar uma revisão do entendimento estabelecido em *Roe versus Wade* (1973), sobre a possibilidade de realização de aborto, Dworkin afirma que a Corte Suprema recebeu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais (briefs) sobre os mais variados aspectos da controvérsia — possivelmente o número mais expressivo já registrado — por parte de 25 senadores, de 115 deputados federais, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores de Direito e de um grande grupo de organizações contra o aborto (cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law*. Cambridge- Massachussetts. 2ª ed., 1996, p. 45). Evidente, assim, que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema. Não há dúvida, portanto, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. A respeito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervensões de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48). Ao ter acesso a essa

O *amicus curiae* pode requerer tutela provisória em mandado de segurança coletivo, desde que tal poder lhe tenha sido concedido pelo juiz ou relator, fundamentadamente, na decisão em que este “solicitar ou admitir a” sua intervenção (art. 138, §2º, CPC/2015).

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, disciplinado pelos arts. 133 a 137, CPC, pode ser aplicado à fase de cumprimento de sentença do processo do mandado de segurança ou à execução da liminar do *mandamus*, quando a respectiva demanda é ajuizada contra pessoa jurídica de direito privado que exerça atribuições do poder público, “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial” (art. 50, Código Civil). Deve-se lembrar que embora o mandado de segurança não possa ser utilizado como ação de cobrança, pode gerar efeitos patrimoniais a partir do seu ajuizamento. Assim, o sócio da referida pessoa jurídica de direito privado que vier a participar

pluralidade de visões em permanente diálogo, o Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. É certo que, reiteradamente, os ministros do Supremo Tribunal Federal vêm negando a habilitação de *amicus curiae* em mandados de segurança, por dois motivos principais: a) o caráter eminentemente sumário conferido ao procedimento do mandado de segurança, tornando incompatível com o seu rito a intervenção de terceiros; e b) a inexistência de fundamento legal para a intervenção, não sendo possível aplicar a legislação específica destinada ao controle abstrato. Nesse sentido, o MS 26.150, Rel. Min. Eros Grau, DJ 6.3.2007; o MS-AgR-ED-ED 25.879, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 3.5.2007; e o MS-AgR 26.552, Rel. Celso de Mello, DJ 23.5.2007. Entretanto, tais argumentos não prosperam, pois não há qualquer incompatibilidade do rito do mandado de segurança com a participação do *amicus curiae*, nem há qualquer impedimento legal para a sua admissão pelo fato de o mandado de segurança não se tratar de um feito do controle abstrato, pois, conforme já ressaltado, o Tribunal admitiu a possibilidade de *amicus curiae* em recurso extraordinário. O que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentou foi a impossibilidade de assistência simples, ao argumento de que, nos termos do art. 19 da Lei 1.533/51, na redação dada pela Lei 6.071/74, restringiu-se a intervenção de terceiros, nos mandados de segurança, ao litisconsórcio. Nesse sentido, a AO-MC 534, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.2.1999; a AO-MC 571, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 20.5.1999; o MS 23.671, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.9.2000; o MS 23856, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 24.8.2001; o RE 321.958, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 5.4.2005; e o RE 431.380, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 1.7.2005. Assim, no caso em análise, a questão debatida – equivalência salarial e reajustes nos proventos de juízes classistas – apresenta relevância tal que ultrapassa os limites e meros interesses das partes diretamente envolvidas no mandado de segurança, de forma que se revela salutar que o debate perante o Supremo Tribunal Federal possa ser informado pelo maior número de argumentos possíveis. Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, que, a meu ver, não pode ficar restrito ao controle concentrado. Pelo contrário, penso que, justamente por se tratar a questão discutida nos autos, matéria de inegável importância, a jurisdição exercida por este Tribunal deve se afastar de uma perspectiva estritamente subjetiva. Por fim, deve-se superar a interpretação que tem sido dada por esta Corte ao art. 19 da Lei 1.533/51, com a redação que lhe imprimiu a Lei 6.701/74 (“Art. 19 Aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo civil que regulam o litisconsórcio”), pois este dispositivo não constitui vedação à possibilidade de admitir-se a participação de *amicus curiae* em mandados de segurança, principalmente naqueles casos em que a discussão – pela relevância e abrangência – extrapola os interesses das partes envolvidas. Assim, defiro o pedido da Associação dos Juizes Classistas Aposentados de Primeira Instância (AJUCAPRINS) para que possa intervir no feito na condição de *amicus curiae*.” Cf., ainda, DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 124-131 e 522-527.

do processo do mandado de segurança na condição de executado terá legitimidade para requerer a tutela provisória.

O art. 10, §2º, Lei 12.016/2009 estabelece que: "O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial". A contrário senso, o dispositivo autoriza o ingresso de litisconsorte ativo facultativo em processo de mandado de segurança até o despacho da petição inicial¹⁶⁶, mesmo após a distribuição da ação. Assim, viola o princípio do

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. 3: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 368: “[...] o art. 10, § 2.º, da Lei veda a possibilidade de formação de litisconsórcio ulterior depois do despacho da petição inicial. Na jurisprudência, normalmente, se proibia esse litisconsórcio ulterior depois de deferida eventual liminar – o que tinha o evidente propósito de que terceiros não se beneficiassem de processo já em curso, o que, virtualmente, permitiria que a parte ‘escolhesse o juiz’ do seu mandado de segurança. Todavia, a lei foi além, proibindo o litisconsórcio ulterior a partir do despacho inicial do juiz (ainda que, nele, não tenha havido a concessão da medida liminar ou esta não tenha ainda sido examinada)”. Referindo-se ao revogado CPC/1973, BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96-98, aduz que : “O § 2º do art. 10 da Lei n. 12.016/2009 toma partido em discussão importante que doutrina e jurisprudência sempre debateram e controverteram. Trata-se da viabilidade, ou não, de ingresso no processo de mandado de segurança de outro impetrante depois da concessão de medida liminar para se beneficiar de seus efeitos. É o que pode ser chamado de ‘litisconsorte ativo facultativo ulterior’. Não há espaço para duvidar, vez por todas, que a disciplina reservada ao litisconsórcio pelo Código de Processo Civil aplica-se ao mandado de segurança. É expresso, nesse sentido, o art. 24 da Lei n. 12.016/2009 [...]. Contudo, mesmo diante do novo dispositivo, põe-se a necessidade de ser analisada a dúvida aventada pelo parágrafo anterior. Tanto mais importante (e difícil) a reflexão do tema porque os arts. 46 a 49 do Código de Processo Civil, que se aplicam ao mandado de segurança, não preveem a hipótese, embora o art. 253 do mesmo Código, ainda que indiretamente, acabe admitindo-a ou, quando menos, disciplinando um de seus efeitos. O fenômeno, identificado como "intervenção litisconsorcial facultativa", difere substancialmente do ingresso do assistente litisconsorcial (art. 54 do Código de Processo Civil). É que o assistente (simples ou litisconsorcial) não formula pedido de prestação de tutela jurisdicional em seu favor. O interesse que justifica sua intervenção limita-se à perspectiva de acolhimento da tese do assistido. O assistente tem direito à tutela jurisdicional na exata medida em que o assistido sagra-se vencedor da demanda. A prestação da tutela jurisdicional em seu favor depende da prestação jurisdicional ao assistido, mesmo na forma litisconsorcial da qual se ocupa o precitado dispositivo codificado. Na "intervenção litisconsorcial facultativa", diferentemente, o litisconsorte apresenta-se como verdadeira parte – um litisconsorte que pretende intervir depois de o processo já ter iniciado – e, nessas condições, exerce pretensão própria, isto é, formula pedido de tutela jurisdicional para si e em nome próprio. Exerce, como se costuma afirmar, direito de ação, similarmente ao que faz o impetrante originário, no mesmo processo. O que ele pretende, diferentemente do assistente (mesmo que litisconsorcial), é cumular, no mandado de segurança já ajuizado, a sua própria pretensão pedindo tutela jurisdicional diretamente em seu favor. A resposta dada pela nova Lei à hipótese adota o entendimento majoritário em sede de jurisprudência e de doutrina, embora de forma mais restritiva. A intervenção do litisconsorte ativo é viável até o ‘despacho da petição inicial’. Trata-se de alternativa eleita pela lei para inviabilizar, em última análise, que o litisconsorte tardio "escolha", dentre os vários juízos igualmente competentes para apreciar o seu pedido, aquele que, mercê de anterior concessão de medida liminar, já demonstrou ter se sensibilizado com a tese jurídica do impetrante originário. É solução que quer se afinar com o princípio do juízo natural, de estatura constitucional. O melhor teria sido, contudo, que a lei tivesse colocado como limite temporal ao ingresso do litisconsorte ativo nas condições aqui idealizadas o deferimento da medida liminar e não, apenas e tão somente, o ‘despacho da petição inicial’, isto é, o proferimento de decisão relativa ao seu juízo positivo de admissibilidade. Isto porque o Código de Processo Civil é claro quanto à viabilidade, mesmo depois daquele instante procedimental, de a petição inicial ser ampliada, não havendo nada que vede ao impetrante ampliar subjetivamente seu pedido, viabilizando, com isso, que outros litisconsortes adiram ao seu pedido de tutela jurisdicional, formulando, eles próprios, suas respectivas pretensões perante o mesmo juízo, valendo-se de um mesmo processo. O limite codificado, para tanto, é a citação do réu – notificação da autoridade coatora, para todos os fins [...] – e não, como agora quer a lei, o mero recebimento da inicial. De qualquer sorte, pautada em uma (necessária) maior velocidade da tramitação do processo, evitando maiores incidentes e discussões marginais ao pedido tal qual feito originalmente pelo impetrante, não há razão para criticar a escolha

juiz natural consagrado pelo art. 5º, LIII, CRFB/1988, ao permitir que o litisconsorte ativo facultativo ingressante escolha o juízo onde proporá a sua ação. Este autor pode esperar pela distribuição de processo que trata de caso análogo ao seu e, observando que o feito foi atribuído a um juízo com histórico de decisões favoráveis à tese que defende, requerer seu ingresso no processo. Da mesma forma, pode se abster de fazê-lo, caso venha a constatar que o processo foi distribuído a um juízo com entendimento contrário ao seu interesse¹⁶⁷.

feita pelo legislador. Ela não atrita com o 'modelo constitucional do direito processual civil', razão suficiente para ser prestigiada.".

¹⁶⁷ CRAMER, Ronaldo; OLIVEIRA, Guilherme; REDONDO, Bruno. **Mandado de Segurança: Comentários à Lei 12.016/2009**. São Paulo: Método, 2009, p. 116-117. Em sentido contrário, entendendo que o art. 10, §2º, Lei 12.016/2009 não viola o princípio do juiz natural, BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96-98, sustenta que: "O §2º do art. 10 Lei n. 12.016/2009 toma partido em discussão importante que doutrina e jurisprudência sempre debateram e controverteram. Trata-se de viabilidade, ou não, de ingresso no processo de mandado de segurança de outro impetrante depois da concessão da medida liminar para se beneficiar de seus efeitos. É o que pode ser chamado de 'litisconsorte ativo facultativo ulterior'. Não há espaço para duvidar, vez por todas, que disciplina reservada ao litisconsórcio pelo Código de Processo Civil aplica-se ao mandado de segurança. É expresso, o art. 24 Lei n. 12.016/2009 [...]. [...] O fenômeno, identificado como "intervenção litisconsorcial facultativa", difere substancialmente do ingresso do assistente litisconsorcial [...]. É que o assistente (simples ou litisconsorcial) não formula pedido de prestação de tutela jurisdicional em seu favor. O interesse que justifica sua intervenção limita-se à perspectiva de acolhimento da tese do assistido. O assistente tem direito à tutela jurisdicional na exata medida em que o assistido sagra-se vencedor da demanda. A prestação da tutela jurisdicional em seu favor depende da prestação jurisdicional ao assistido, mesmo na forma litisconsorcial da qual se ocupe o precitado dispositivo codificado. Na 'intervenção litisconsorcial facultativa', diferentemente, o litisconsorte apresenta-se como verdadeira parte - um litisconsorte que pretende intervir depois de o processo já ter iniciado - e, nessas condições, exerce pretensão própria, isto é, formula pedido de tutela jurisdicional para si e em nome próprio. Exerce, como se costuma afirmar, direito de ação, similarmente ao que faz o impetrante originário, no mesmo processo. O que ele pretende, diferentemente do assistente (mesmo que litisconsorcial), é cumular, no mandado de segurança já ajuizado, a sua própria pretensão pedindo tutela jurisdicional diretamente em seu favor. A resposta dada pela nova Lei à hipótese adota o entendimento majoritário em sede de jurisprudência e de doutrina, embora de forma mais restritiva. A intervenção do litisconsorte ativo é viável até o "despacho da petição inicial". Trata-se de alternativa eleita pela lei para inviabilizar, em última análise, que o litisconsorte tardio "escolha", dentre os vários juízos igualmente competentes para apreciar o seu pedido, aquele que, mercê de anterior concessão de medida liminar, já demonstrou ter se sensibilizado com a tese jurídica do impetrante originário. É solução que quer se afinar com o princípio do juiz natural, de estatura constitucional. O melhor teria sido, contudo, que a lei tivesse colocado como limite temporal ao ingresso do litisconsorte ativo nas condições aqui idealizadas o deferimento da medida liminar e não, apenas e tão somente, o "despacho da petição inicial", isto é, o proferimento de decisão relativa ao seu juízo positivo de admissibilidade. Isto porque o Código de Processo Civil é claro quanto à viabilidade, mesmo depois daquele instante procedimental, de a petição inicial ser ampliada, não havendo nada que vede ao impetrante ampliar subjetivamente seu pedido, viabilizando, com isso, que outros litisconsortes adiram ao seu pedido de tutela jurisdicional, formulando, eles próprios, suas respectivas pretensões perante o mesmo juízo, valendo-se de um mesmo processo. O limite codificado, para tanto, é a citação do réu - notificação da autoridade coatora, para todos os fins [...] - e não, como agora quer a lei, o mero recebimento da inicial. De qualquer sorte, pautada em uma (necessária) maior velocidade da tramitação do processo, evitando maiores incidentes e discussões marginais ao pedido tal qual feito originalmente pelo impetrante, não há razão para criticar a escolha feita pelo legislador. Ela não atrita com o "modelo constitucional do direito processual civil", razão suficiente para ser prestigiada."

A lei somente admite o litisconsórcio ulterior facultativo em hipóteses nas quais não há violação ao princípio do juiz natural, pois o litisconsorte ulterior não pode escolher o juízo que deseja, como nos casos de intervenção de terceiro, de sucessão, ou de conexão¹⁶⁸.

No caso do mandado de segurança, a vedação ao ingresso, no processo, de litisconsorte ativo facultativo após o protocolo da petição inicial cumpriria ainda a importante função de evitar que tal ingresso pudesse retardar o andamento do feito e a prestação jurisdicional, principalmente no que concerne à liminar e à tutela provisória em geral.

Como sequer deve ser admitido no processo do mandado de segurança, por força dos princípios constitucionais do juiz natural e da duração razoável do processo, o litisconsorte ativo ulterior não tem legitimidade para requerer tutela provisória e, tampouco, tutela definitiva no feito do mandado de segurança.

Por outro lado, não faz sentido vedar o ingresso do litisconsorte necessário, após o despacho que determina a emenda da petição inicial em 15 dias, para que o autor requeira a citação deste litisconsorte (art. 115, parágrafo único, CPC). Embora esta última interpretação possa e deva ser evitada, por ser assistemática, o dispositivo dá margem a ela.

Por tais motivos, propomos que o art. 10, §2º, Lei 12.016/2009, vede, de forma expressa, o litisconsórcio ativo facultativo ulterior, com exceção dos casos expressamente admitidos pela lei.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Art. 10. [...] § 2º. O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.	Art. 10. [...] §2º. É vedado o litisconsórcio ativo facultativo ulterior, com exceção dos casos expressamente admitidos pela lei.

5.2 Cabimento da tutela provisória no mandado de segurança

A tutela provisória foi prevista no Livro V da Parte Geral CPC, razão pela qual se aplica tanto ao procedimento comum, disciplinado no Título I do Livro I, da Parte Especial

¹⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Processo Civil**. v. I. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 450: "Litisconsórcio inicial é aquele que se forma contemporaneamente à formação do procedimento ou do incidente, quer porque mais de uma pessoa postulou, quer porque em face de mais de uma pessoa a demanda foi proposta. Litisconsórcio ulterior é aquele que surge após o procedimento ter-se formado. É visto como algo excepcional, pois tumultua a marcha do procedimento. De três maneiras pode surgir o litisconsórcio ulterior: a) em razão de uma intervenção de terceiro (chamamento ao processo e denunciação da lide, por exemplo); b) pela sucessão processual (o ingresso dos herdeiros no lugar da parte falecida, art. 110 CPC); c) pela conexão ou continência (arts. 55 e 58 CPC), se impuserem a reunião das causas para processamento simultâneo."

CPC, quanto, no que couber, a todos os procedimentos especiais civis, quer aqueles previstos pelo CPC¹⁶⁹, quer aqueles regrados por leis extravagantes, a exemplo do mandado de segurança¹⁷⁰.

No mandado de segurança, caso a situação de urgência venha a se configurar após a intimação da autoridade coatora para prestar informações, não mais será cabível a liminar prevista pelo art. 7º, III, Lei 12.016/2009, mas o impetrante poderá requerer a tutela provisória de urgência incidental, satisfativa ou cautelar, prevista pelos arts. 294 a 302, CPC. Da mesma forma, caso venha a ser publicada decisão de casos repetitivos, de súmula vinculante, ou de qualquer outra decisão à qual a lei atribua eficácia vinculante (art. 927, CPC), favorável ao pedido do impetrante, após a intimação da autoridade coatora, este não poderá mais ser beneficiado com a liminar prevista pelo art. 7º, III, Lei 12.016/2009, mas poderá requerer a tutela da evidência tal como prevista no Código de Processo Civil. Contudo, como propomos, nesta tese (*infra*), que a prestação de informações da autoridade coatora seja feita por meio do órgão de representação judicial da pessoa jurídica a qual esta pertence, após a citação, sugerimos a inserção do seguinte parágrafo ao art. 7º, Lei 12.016/2009:

Lei 12.016/2009	Proposta de emenda à Lei 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 7º, §7º Caso a situação de urgência ou de evidência venha a se caracterizar após a citação da pessoa jurídica ré, o impetrante poderá valer-se da tutela provisória, tal como prevista no Código de Processo Civil.

5.3 Momento da concessão da tutela provisória no mandado de segurança

O autor somente pode pedir a tutela provisória de urgência antecedente na petição inicial do processo no qual intenciona, futuramente, requerer a tutela definitiva. Entretanto, o juízo não necessariamente apreciará liminarmente, ou seja, previamente à citação e à oitiva do réu, o pedido formulado na exordial, pois pode considerar necessária a justificação prévia (art. 300, §2º, CPC). Por outro lado, não existe restrição temporal ao requerimento e à concessão da tutela provisória incidental. Conforme afirmamos na introdução, somente a tutela

¹⁶⁹ Cf. Título III do Livro I da Parte Especial CPC.

¹⁷⁰ Cf. Lei 12.016/2009.

provisória incidental pode ser requerida no bojo do procedimento do mandado de segurança e nunca a tutela provisória antecedente.

A faculdade da parte de requerer a tutela provisória não está sujeita à preclusão temporal, uma vez que a lei não a prevê. Assim, não se aplica a esta o prazo subsidiário do art. 218, §3º, CPC¹⁷¹.

Deve-se fazer aplicação subsidiária do art. 311, CPC, ao procedimento do mandado de segurança¹⁷². Entretanto, o juiz somente pode conceder a liminar em mandado de segurança baseada unicamente na evidência quando as alegações de fato formuladas pelo autor em sua petição inicial “puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”, ou quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada de requisição administrativa, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa” (art. 311, II, III, e parágrafo único, CPC). Nesses casos, a relevância dos direitos materiais do autor, reconhecida pelo art. 311, II, III e parágrafo único, CPC, a prova documental ou documentada de seus fundamentos de fato e a baixa probabilidade de que o réu possa vir a demonstrar o contrário justificam a concessão liminar da tutela provisória de evidência e a consequente postergação do contraditório¹⁷³⁻¹⁷⁴.

A tutela de urgência somente pode ser concedida liminarmente quando o risco de dano ou de ilícito justificar a postergação do contraditório. De qualquer forma, o órgão jurisdicional deve fundamentar a decisão por meio da qual a concede. Da mesma maneira, havendo pedido de liminar, o juízo deve fundamentar a decisão através da qual determina a citação do réu e

¹⁷¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 578. Em sentido contrário, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79.

¹⁷² BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. I Jornada de Direito Processual Civil. (Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017). Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>: “Enunciado 49 – A tutela da evidência pode ser concedida em mandado de segurança”. Acesso em: 03 set. 2017.

¹⁷³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 579-580.

¹⁷⁴ Segundo GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro**, v. XIV, p. 320-322, jul./ dez. 2014. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em: 11 jun. 2015: o art. 312, II e III, e parágrafo único, CPC deve ser interpretado à luz do art. 5º, LV, CRFB/1988, de modo que, nas hipóteses aí arroladas, a concessão liminar da tutela da evidência dependeria da demonstração da urgência, isto é, do perigo de lesão grave ou de difícil reparação, para que não haja violação da garantia do contraditório. Contudo, entendemos que a postergação do contraditório e da ampla defesa, nestes casos, não viola a garantia fundamental inscrita no art. 5º, LV, CRFB/1988.

posterga a análise da tutela provisória de urgência¹⁷⁵⁻¹⁷⁶. Nos dois casos, a fundamentação deve obedecer aos requisitos exigidos pelo art. 489, CPC. Este raciocínio também vale para a liminar em mandado de segurança, baseada em urgência e em evidência, fora dos casos do art. 311, II, III, e parágrafo único, CPC.

O manifesto propósito protelatório do réu pode se evidenciar antes mesmo da efetivação de sua citação, como no caso em que se oculta para não receber o respectivo mandado (art. 252, CPC)¹⁷⁷. Tal comportamento, contudo, somente poderá fundamentar a outorga da tutela provisória da evidência após a apresentação da contestação ou do transcurso *in albis* do prazo para defesa, já que o art. 311, I, CPC não foi arrolado pelo parágrafo único do mesmo dispositivo dentre as hipóteses que autorizam sua concessão liminar¹⁷⁸.

A concessão da tutela provisória de evidência prevista no art. 311, IV, CPC, pressupõe que o réu tenha sido citado, pois somente após a citação este terá oportunidade de produzir “prova capaz de gerar dúvida razoável” acerca da veracidade das alegações autorais sobre fatos jurígenos. Por esta razão, o parágrafo único do mencionado artigo não fez referência ao inciso IV do mesmo¹⁷⁹.

A outorga liminar da tutela provisória da evidência e de urgência ou só da evidência, nos casos do art. 311, II e III, parágrafo único, CPC, inclusive no procedimento do mandado de segurança, não viola a garantia do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988), pois, tão somente o posterga para concretizar as garantias do acesso ao direito (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e da celeridade (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988). Trata-se de conferir acesso ao

¹⁷⁵ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 30: “O juiz deve justificar a postergação da análise liminar da tutela provisória sempre que estabelecer a necessidade de contraditório prévio”.

¹⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. Curso de Direito Processual Civil. V. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 579.

¹⁷⁷ Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 87; BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41.

¹⁷⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 580.

¹⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 580. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 170, observa que: “só se pode afirmar que o réu não trouxe provas capazes de gerar dúvida razoável sobre o material probatório produzido pelo autor depois que o demandado tenha tido oportunidade para apresentar as suas alegações e provas”.

direito por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) dentro de prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988)¹⁸⁰.

O juiz pode conceder a tutela provisória na sentença, inclusive do mandado de segurança, caso seus requisitos venham a ser preenchidos neste momento¹⁸¹.

A concessão da tutela provisória na sentença a favor do autor somente terá utilidade prática caso a apelação tenha efeito suspensivo e não seja hipótese de remessa necessária (art. 496, CPC), pois, de acordo com o art. 1.012, §1º, V, CPC, permitirá o cumprimento provisório da decisão. Se a apelação, por expressa disposição legal, tiver, tão somente, efeito devolutivo e a lei não determinar a remessa necessária, a tutela provisória em favor do demandante será desnecessária, pois a sentença poderá ser cumprida provisoriamente independentemente desta. Embora a tutela do direito pleiteado pelo autor já tenha sido concedida na sentença, o art. 1.012, §1º, V, CPC, permite o adiantamento da efetivação deste direito, ao remover o efeito suspensivo da apelação ou da remessa necessária, quando estiverem presentes, no caso concreto, os requisitos da tutela provisória de urgência e/ou de evidência¹⁸². No caso do mandado de segurança, o art. 14, §1º, Lei 12.016/2009, estabelece que “concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.”. Já o art. 14, §3º, Lei 12.016/2009, dispõe que: “A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.”. Assim, de acordo com este dispositivo, nos casos em que a medida liminar é permitida no mandado de segurança, a concessão da tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidental na sentença a favor do impetrante é desnecessária, já que a apelação e a remessa necessária não têm efeito suspensivo, em razão da regra especial do art. 14, §3º, Lei 12.016/2009, que não foi derogada pela regra geral do art. 496, caput, CPC. Entretanto, como o art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009, que estabelece vedações à liminar em mandado de segurança, é inconstitucional, como demonstrado no item 8.2 deste trabalho, a apelação e a remessa necessária não terão efeito suspensivo no mandado de segurança, salvo quando o efeito suspensivo for concedido em favor da Fazenda Pública, por estarem presentes, no caso concreto, os requisitos da tutela provisória da evidência e/ou

¹⁸⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 580-581.

¹⁸¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 581.

¹⁸² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 581.

da urgência. De qualquer forma, a tutela provisória de urgência cautelar, deve ser concedida, a pedido, na sentença do mandado de segurança, tanto a favor do impetrante quanto da pessoa jurídica ré, quando seus requisitos estiverem presentes nos caso concreto.

A tutela provisória pode ser requerida e concedida a qualquer parte, em qualquer recurso e em qualquer fase do processo do mandado de segurança, sempre que “houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 300, CPC), ou direito evidente (311, CPC)¹⁸³.

Caso a situação de urgência ou de evidência venha a se configurar após o proferimento da decisão recorrida, o interessado poderá requerer a concessão da tutela provisória “ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito” do recurso (art. 299, parágrafo único, CPC), nas razões recursais ou por meio de petição simples, inclusive no processo do mandado de segurança. Incumbe ao relator apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos interpostos contra decisão interlocutória ou sentença, proferida no processo do mandado de segurança, tendo em vista o disposto no art. 932, II, CPC. Quando o mandado de segurança for de competência originária de tribunal em razão da autoridade coatora, compete ao relator apreciar o pedido de tutela provisória, tendo em consideração a regra do art. 932, II, CPC. De acordo com o primeiro destes, o relator deve negar provimento a recurso que for contrário: a súmula do STF, do STJ “ou do próprio tribunal”; a “acórdão proferido pelo” STF ou pelo STJ “em julgamento de recursos repetitivos”; ou a “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”. Já o art. 932, V, CPC, estabelece que: “se a decisão recorrida” contrariar: súmula do STF, do STJ “ou do próprio

¹⁸³ BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*. Disponível em: <www.judicium.it>. Acesso em: 10 nov. 2017, p. 19-20: “[...] della tutela provvisoria, essendo contenuta all’interno della parte generale del c.p.c., si applica ai procedimenti della parte speciale del codice e, quindi, non solo al processo ordinario di cognizione di primo grado, ma anche agli ulteriori gradi di giudizio e alla tutela esecutiva”. Tradução: “[...] a disciplina da tutela provisória, estando contida na parte geral do CPC, aplica-se aos procedimentos da parte especial do código e, portanto, não apenas ao procedimento comum de cognição de primeiro grau, mas também às demais instâncias e à tutela executiva.”. (Tradução nossa). O arresto é um exemplo de tutela provisória de urgência de natureza cautelar que pode ser concedida em qualquer fase do processo, inclusive na de cumprimento de sentença, como ocorreu no MS 34.483/RJ, no qual o ministro relator no STF concedeu sucessivos arrestos nas contas do Tesouro do Estado do Rio de Janeiro, visando a garantir o pagamento de duodécimos ao Tribunal de Justiça daquele Estado, nos termos do acordo homologado por sentença. O dispositivo dessas decisões monocráticas estabelece o seguinte: “(...) Por essas razões, determino o arresto exclusivamente nas contas do Tesouro do Estado do Rio de Janeiro, até o valor de R\$ __ (__ reais), a fim de garantir o cumprimento do acordo firmado nestes autos relativamente ao repasse de duodécimos ao Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro no mês de abril de 2017. No exercício da faculdade prevista na parte final do art. 102, I, m, da CF/88, delego ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos estritos limites do que foi deferido, os atos processuais executórios necessários à implementação da ordem de constrição. Fica o Tribunal de Justiça incumbindo, ainda, de informar, nos autos, as medidas adotadas para supervisão deste Relator. Comunique-se, com urgência, via fax e por e-mail, o Tribunal de Justiça e o Governador do Estado do Rio de Janeiro”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34.483, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 22/11/2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 abr. 2017.

tribunal”; “acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos”; ou “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”; o relator deve, depois de facultar “a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso”. Nos casos dos incisos II, IV e V, do art. 932, CPC, cabe agravo interno da decisão monocrática do relator que concedeu ou indeferiu o pedido de tutela provisória (art. 1.021, CPC)¹⁸⁴, inclusive no processo do mandado de segurança.

A interposição de recurso contra decisão interlocutória ou sentença, proferida no processo do mandado de segurança não impede que a decisão recorrida produza seus efeitos, “salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”. Não obstante, o relator pode suspender a eficácia da referida decisão, se estiverem presentes os requisitos da tutela de urgência - risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação (*periculum in mora*), e probabilidade de provimento do recurso (*fumus boni iuris*) – (art. 995, CPC)¹⁸⁵.

Se a tutela da evidência ou “de urgência” for “cassada ou modificada” “na sentença” proferida no processo do mandado de segurança, “a parte poderá, além de interpor recurso,

¹⁸⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 582. No mesmo sentido, RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 112-113: “[...] a tutela provisória que pode vir a ser concedida no tribunal pode ser uma proteção em ação de competência originária de tribunal, ou mesmo uma tutela antecipada recursal. Tal pedido poderá ser formulado tanto por petição avulsa quanto nas próprias razões do recurso. A tutela provisória recursal segue a mesma sistemática da tutela provisória da fase de conhecimento, podendo-se fundar tanto na urgência quanto na evidência (art. 294, CPC). Caso o recorrente demonstre haver risco de dano grave ou de difícil reparação, decorrente da demora no julgamento do recurso – tutela provisória recursal de urgência – ou a probabilidade de provimento do recurso – tutela provisória recursal da evidência –, o relator poderá, no primeiro caso, conceder efeito suspensivo ao recurso e, no segundo caso, antecipar os efeitos da tutela recursal. Em ambos as situações, a decisão estará sujeita a agravo interno, nos termos do art. 1.021 do Código, por se cuidar de ato decisório monocrático do relator.”

¹⁸⁵ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 85-86: “O art. 995 CPC prevê que os recursos não possuem efeito suspensivo, salvo disposição legal ou judicial em sentido contrário. Diante de tal previsão, constata-se que o efeito suspensivo pode ser *ope legis* ou *ope iudicis*. É *ope legis*, quando decorre da própria lei, ou seja, a lei prevê que o recurso goza de efeito suspensivo. É o caso, por exemplo, da apelação, que, via de regra, o possui, por força do art. 1.012, caput, CPC. Nos últimos tempos, a tendência do processo civil brasileiro, contudo, é pela ausência do efeito suspensivo *ope legis*, e por sua concessão *ope iudicis*. Cuida-se do efeito suspensivo por força de decisão judicial, ou seja, competirá ao órgão julgador analisar se é caso de concessão ou não daquele efeito. A concessão desse efeito por pronunciamento judicial é uma tendência das reformas ocorridas no regime dos recursos ao longo do tempo, pois permite ao Judiciário avaliar se há uma efetiva necessidade de suspender os efeitos da decisão atacada ou não, evitando que em casos desnecessários tal suspensão se produza. Com efeito, o efeito suspensivo *ope iudicis* é uma forma de tutela provisória, uma providência cautelar a ser concedida incidentalmente em favor do recorrente³. Note-se que o art. 995, parágrafo único, CPC traz regra geral acerca de concessão *ope iudicis* de tal efeito, instituindo dois requisitos: a probabilidade de provimento do recurso, ou seja, o *fumus boni iuris* na tese do recorrente, e o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, da imediata produção de efeitos da decisão recorrida – o *periculum in mora*.”

pleitear o respectivo restabelecimento na instância superior, na petição de recurso ou em via autônoma”¹⁸⁶.

A apelação tem, em regra, efeito suspensivo (art. 1.012, caput, CPC). Contudo, em determinadas “hipóteses previstas em lei”, a exemplo daquelas arroladas no art. 1.012, §1º, CPC e no art. 14, §3º, Lei 12.016/2009, referente ao mandado de segurança¹⁸⁷, a sentença “começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação”. Nesses casos, o impetrante do mandado de segurança apelado pode pedir o cumprimento provisório da sentença que concedeu a segurança, depois da publicação desta (art. 1.012, §2º, CPC). Por outro lado, a pessoa jurídica ré ou a autoridade coatora apelante pode requerer a concessão de efeito suspensivo à apelação que interpôs em caso de evidência de seu direito ou de urgência, devendo dirigir seu requerimento ao “tribunal, no período compreendido entre a interposição” deste recurso e a “sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para” julgá-lo; ou ao “relator, se já distribuída a apelação” (art. 1.012, §3º, CPC). Demonstrando a pessoa jurídica ré ou a autoridade coatora apelante “a probabilidade de provimento do recurso”, isto é, a evidência de seu direito, ou os pressupostos da tutela da urgência – fundamentação relevante e “risco de dano grave ou de difícil reparação” – o relator deverá, a pedido da recorrente, suspender a eficácia da sentença (art. 1.012, §4º, CPC). A impugnação à decisão interlocutória suscitada em preliminar de apelação (art. 1.009, §1º, CPC) não está sujeita ao efeito suspensivo da apelação, nos casos dos arts. 14, §3º, e 7º, §2º, Lei 12.016/2009¹⁸⁸.

¹⁸⁶ BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. I Jornada de Direito Processual Civil. (Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017). Enunciado 39. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2017.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 11 set. 2017: “Art. 14 [...] § 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.”.

¹⁸⁸ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 158-159: “Se os demais recursos, em geral, obtêm efeito suspensivo por decisão judicial, a apelação, por força do art. 1.012 CPC, foge da regra geral e possui efeito suspensivo por opção do legislador, *ope legis*. Como consequência de se tratar de efeito suspensivo *ope legis*, este incide em função do mero cabimento do recurso. Assim sendo, nos casos em que a apelação goze de efeito suspensivo em função da previsão do art. 1.012, caput, a sentença não tem eficácia plena desde a origem, sendo que somente produzirá todos os seus efeitos se não houver recurso no prazo legal. A ressalva fica por conta das decisões interlocutórias impugnadas como preliminar do recurso, nos termos do art. 1.009, § 1.º, visto acima, cuja eficácia se mantém desde suas respectivas prolações. No entanto, o efeito suspensivo legalmente previsto está sujeito a exceções, previstas pelo próprio art. 1.012, em seu § 1.º, que estabeleceu sentenças que não estão sujeitas a efeito suspensivo quando da apelação. São as sentenças que: homologam divisão ou demarcação de terras; condenam a pagar alimentos; extinguem sem resolução do mérito ou julgam improcedentes os embargos do executado; julgam procedente o pedido de instituição de arbitragem; confirmam, concedem ou revogam tutela provisória; decretam a interdição. Além dos casos do § 1.º do art. 1.012, vale registrar que pode haver lei especial também

Quando não se configurarem as hipóteses de não conhecimento do recurso (art. 932, III, CPC) ou de negação de provimento a este (art. 932, IV, CPC), o relator do agravo de instrumento pode, a pedido do interessado, que tanto pode ser o impetrante do mandado de segurança, quanto a pessoa jurídica ré ou a autoridade coatora, “atribuir efeito suspensivo” a este “ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal” (art. 1.019, I, CPC), quando o direito do recorrente for evidente ou houver situação de urgência, por estarem demonstrados o *periculum in mora* e o *fumus bonus iuris*¹⁸⁹.

A interposição de embargos de declaração, seja pelo impetrante do mandado de segurança, seja pela pessoa jurídica ré ou pela autoridade coatora, não suspende, por si só, os efeitos da decisão embargada. Contudo, o juiz ou relator que proferiu esta pode suspender

não prevendo efeito suspensivo para apelação. Por exemplo, é o caso da ação civil pública, pois o art. 12 Lei 7.347/1985 prevê a possibilidade de o juiz conceder ou não efeito suspensivo aos recursos propostos em ações dessa espécie. É o caso também da sentença concessiva da ordem em mandado de segurança, cuja apelação não terá efeito suspensivo, por força do art. 14, § 3.º, Lei 12.1016/2009, salvo nos casos em que vedada a concessão de liminar naquela demanda. Para os casos em que a lei não prevê efeito suspensivo à apelação, os §§ 3.º e 4.º do art. 1.012 autorizam que o apelante requeira a sua concessão. Nesse caso, o efeito suspensivo é ope iudicis, pois será concedido por meio de decisão judicial. Na vigência CPC/1973, o efeito suspensivo poderia ser concedido judicialmente pelo próprio juízo da causa, que também era responsável pelo primeiro juízo de admissibilidade da apelação. Com o CPC, o art. 1.010 previu a remessa da apelação ao tribunal independentemente de juízo de admissibilidade e, coerente com isso, o pleito de efeito suspensivo deve ser analisado diretamente no tribunal. de acordo com o art. 1.012, § 3.º, se a apelação ainda estiver tramitando em primeiro grau, deve ser feito o requerimento por mera petição ao tribunal. Em tal caso, que ocorrerá em situações de muita urgência, que não possam esperar a apelação chegar ao tribunal, o pedido de efeito suspensivo será formulado diretamente ao tribunal por petição e fará do relator preventivo para analisar a apelação. Trata-se de mecanismo que procura evitar danos aos jurisdicionados durante o ínterim em que a apelação ainda tramita perante o primeiro grau. Em contrapartida, caso a apelação já esteja tramitando perante o tribunal, o pedido será apreciado pelo seu próprio relator. Destaque-se que o art. 1.012, § 4.º, prevê os requisitos para a concessão do efeito suspensivo à apelação, dispondo que “a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação”. Diante da redação do dispositivo, constata-se que o efeito suspensivo possui requisitos distintos daqueles constantes da regra geral do art. 995, parágrafo único, CPC. O art. 1.012, § 4.º, diferentemente do art. 995, parágrafo único, parece ter trazido duas hipóteses distintas para a atribuição do efeito suspensivo. A primeira delas é fundada na probabilidade de provimento do recurso, ou seja, numa grande evidência de que o apelo tem razão de ser. Trata-se, portanto, de uma forma de tutela da evidência recursal. Já a segunda é uma tutela de urgência, pois demanda a relevância da fundamentação – ou seja, a plausibilidade da tese do recorrente – e o risco de dano. Note-se que, na tutela da evidência para a concessão de efeito suspensivo, exige-se um grau de probabilidade do direito maior que para a tutela de urgência na concessão de tal efeito. É o que se extrai do § 4.º, uma vez que este exige, na primeira hipótese, a probabilidade de provimento do recurso, ao passo que na segunda o dispositivo fala em relevância de fundamentação.”

¹⁸⁹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 182: “[...] estabelece o art. 1.019 a distribuição imediata do agravo de instrumento e, se for o caso, o relator não o conhecerá ou lhe negará provimento. Na hipótese de não tomar tais providências, pode ser caso de concessão de efeito suspensivo ou antecipação da tutela recursal, providências provisórias que podem ser deferidas por força do art. 1.019, I, mas estarão sujeitas aos requisitos gerais do art. 995 CPC. O efeito suspensivo do agravo de instrumento é ope iudicis, portanto está sujeito à presença cumulativa dos dois requisitos do art. 995, parágrafo único, que são o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e a probabilidade de provimento do recurso. O efeito suspensivo com base no art. 995, parágrafo único, configura uma medida de urgência, uma vez ligado aos requisitos da tutela de urgência, cabendo ao relator do agravo de instrumento avaliar a presença ou não de tais pressupostos, a fim de deferir tal efeito ao recurso.”

seus efeitos, a pedido do embargante, desde que este demonstre “a probabilidade de provimento do recurso”, ou seja, a evidência de seu direito, ou que estão preenchidos os pressupostos da tutela de urgência – fundamentação relevante e risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.026, caput e §1º, CPC)¹⁹⁰.

Por falta de previsão legal específica, aplica-se aos embargos de divergência, interpostos no processo do mandado de segurança, a regra geral do art. 995, CPC. Assim, o relator pode atribuir efeito suspensivo a este recurso caso estejam presentes os pressupostos da tutela de urgência, descritos no parágrafo único deste artigo¹⁹¹.

¹⁹⁰ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 205-206: “[...] Outro efeito que os embargos de declaração podem ter é o suspensivo. À luz CPC/1973, não havia previsão sobre o tema, o que levava a dúvidas na doutrina quanto à sua incidência. O CPC, por sua vez, traz regra expressa sobre tal efeito. Seu art. 1.026, caput, dispõe que os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo. No entanto, o mesmo artigo, em seu § 1.º, estabelece que o recorrente poderá pedir efeito suspensivo da eficácia da decisão embargada, que poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator, se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação. Ressalte-se, diante da redação do § 1.º, existirem duas hipóteses autorizativas do efeito suspensivo. A primeira delas decorre da probabilidade de provimento do recurso, enquanto a segunda demanda a existência de relevância da fundamentação – ou seja, plausibilidade da tese do recorrente – e risco de dano grave ou de difícil reparação. Constatam-se, pois, duas origens para o efeito suspensivo dos embargos, em previsão distinta daquela genericamente elaborada no art. 995 CPC. A primeira hipótese de efeito suspensivo dos embargos, ao exigir unicamente a probabilidade de provimento do recurso, caracteriza-se como uma espécie de tutela da evidência recursal, que se soma às outras previsões dessa espécie de tutela provisória no Código de Processo Civil. Já a segunda hipótese em que os embargos podem obter tal efeito se afigura como caso de tutela de urgência, pois fundada na plausibilidade da tese do recorrente – o *fumus boni iuris* – e o risco de dano diante da produção de efeitos da decisão, isto é, o *periculum in mora*. Assim, por exemplo, se uma parte deseja sustar os efeitos de uma decisão de tutela antecipada que determinou o cumprimento de certa obrigação no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária, terá de requerer efeito suspensivo, fundamentando-se nas hipóteses de tutela de urgência ou de evidência previstas no art. 1.026, § 1.º.”

¹⁹¹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 292-293: “O Código de Processo Civil não trata expressamente se os embargos de divergência têm o condão de afastar a eficácia da decisão recorrida. Diante da omissão do Código de Processo Civil, deve ser aplicada a regra geral do art. 995, no sentido de que os recursos não possuem efeito suspensivo, salvo decisão judicial que o conceda, considerando a omissão legal. Portanto, nada impede que o interessado requeira o efeito suspensivo, fundado nos requisitos de: a) se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação; e b) ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, constante do art. 995, parágrafo único, CPC. Trata-se de forma de tutela de urgência cautelar, que também pode ser utilizada em tal recurso. Nesse ponto, importante registrar que o Código de Processo Civil superou o então art. 266, § 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que previa que os embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça não seriam dotados de efeito suspensivo. O CPC é norma posterior com status de lei, e que traz previsão geral de concessão de efeito suspensivo por decisão judicial, o que, como dito, é forma de tutela de urgência. Diante do Código de Processo Civil, tal comando teve nova redação dada pela Emenda Regimental 22/2016, a qual excluiu a vedação de atribuição de efeito suspensivo aos embargos de divergência. Vale frisar, com a devida vênia, que não cabe ao RISTJ disciplinar a existência ou não de efeito suspensivo. Regra desse alcance infringirá a competência legislativa da União em matéria processual, prevista no art. 22, I, da CF.”

5.4 Vedação à tutela provisória e à liminar em mandado de segurança de ofício

À semelhança CPC italiano de 1895¹⁹², o CPC brasileiro de 1939 não estabelecia uma disciplina geral da tutela cautelar e, tampouco, atribuía ao juiz um poder geral de cautela, limitando-se a prever medidas cautelares típicas. Por esta razão, a concessão da tutela cautelar de ofício era inviável¹⁹³. Somente o CPC/1973 instituiu disposições gerais acerca das medidas cautelares, em seus arts. 796 a 812, dentre as quais estabeleceu o poder geral cautelar (arts. 797 a 799, CPC/1973). Com base nesses dispositivos legais, e, principalmente, com fundamento no art. 797, deste código, de acordo com o qual “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”, parte da doutrina sustentava a possibilidade de o juiz conceder medidas cautelares de ofício, mas somente em situações extraordinárias previstas pela lei de forma expressa¹⁹⁴. Assim, como a Lei 1.533/1951 que, então, regia o mandado de segurança, não previa, expressamente, a possibilidade de concessão de liminar de ofício, esta não era possível¹⁹⁵. Apesar da clareza do

¹⁹² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. Tradução do original italiano - 2ª edição de 1935 - por Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 340.

¹⁹³ Nota de LIEBMAN, Enrico Tullio. In: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. Tradução do original italiano - 2ª edição de 1935 - por Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 340-341, n.º 84, “E”, nota 157: “Também na legislação brasileira omite-se atribuição expressa ao juiz de um poder acautelatório geral, de que ele se possa valer segundo as necessidades e as circunstâncias fora dos casos tradicionais especialmente previstos. Todavia os termos do art. 675 e especialmente de seu nº II são redigidos de modo tão amplo e genérico, que se pode dizer que, ao menos na pendência da lide, o juiz dispõe efetivamente desse poder geral. Nenhuma palavra mencionada permite, pelo contrário, considerar (Hugo SIMAS, Comentários ao Código do Processo Civil, ed. Revista Forense, vol. VIII, Rio de Janeiro, 1940, p. 7) que as medidas aí previstas possam ser tomadas por iniciativa do juiz, antes que a pedido da parte interessada. A importância de tal disposição reside na atribuição ao juiz de um poder mais vasto e discricionário, não, ao revés, de uma iniciativa, que seria de todo excepcional no sistema do Código, rigorosamente fiel ao princípio *nemo iudex sine actore* (cf. arts. 682, 683, 684, 685, 686 e 688). Não é possível invocar em contrário o art. 117, referente à faculdade do juiz em matéria de instrução da causa, e que não lhe atribui de modo nenhum o poder de se pronunciar sobre coisa não demandada, que violaria o princípio geral do art. 4º, CPC.”.

¹⁹⁴ BUZAID, Alfredo. A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 72, n. 1, p. 143-144, 1977. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66795/69405>>. Acesso em: 29 jul. 2017: “A outorga ao juiz de um poder cautelar geral foi reconhecida amplamente pelo Código de Processo Civil de 1973, atendendo ao magistério de LIEBMAN. Fê-lo em três disposições legais. A primeira reza: ‘Art. 797. Só e m casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.’ A segunda estatui: ‘Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que u m a parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação’. E, finalmente, a terceira dispõe: ‘Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução’. Tal é o poder cautelar geral, tendo o legislador brasileiro compreendido que, em circunstâncias especiais, poderá o juiz decretar de ofício medidas preventivas na pendência do processo.”.

¹⁹⁵ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. v. I: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 213: “Dentre as especificações do pedido do mandado de segurança ressaltou o de postular a

art. 797, CPC/1973, parte da doutrina sustentava que o juiz podia e devia conceder a tutela cautelar incidente de ofício, em qualquer caso em que esta se fizesse necessária à conservação da prova ou ao resultado útil do processo, ainda que não estivesse expressamente previsto em lei. Defendia não haver, nessa hipótese, violação ao princípio da inércia porque o autor já havia provocado a jurisdição ao protocolar a sua petição inicial. Assim, a tutela cautelar incidental *ex officio* constituiria mero impulso processual oficial¹⁹⁶. Não existe, no CPC, dispositivo correspondente ao art. 797, CPC/1973. Em atenção ao princípio da inércia da jurisdição, fundamental à preservação da liberdade das partes e da imparcialidade do juiz, que tem o dever de conferir tratamento isonômico a estas, o art. 273, caput, expressamente

concessão de liminar. A sua finalidade consiste em suspender ‘o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida caso seja deferida’ (Lei n. 1.533/51, art. 7º, II). A liminar é uma medida acautelatória e corresponde à função preventiva do processo. Ela pressupõe requerimento do impetrante, que fica inserido na petição inicial; por isso não pode ser concedida de ofício pelo juiz nem ao despachar a petição inicial, nem no curso do processo do mandado de segurança.”

¹⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. 3. ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 87-88, faz distinção “entre as medidas cautelares incidentes, que podem, e devem ser concedidas de-ofício, e as preparatórias, que dependem de pedido de parte.”. De acordo com este autor, “É dever do juiz determinar cautelas incidentes ao processo, porque a ele cumpre, mais do que a ninguém, preservar a imperatividade e a eficácia de suas próprias decisões e dos comandos que através do processo prepara e depois emite; ao perceber que o fluir do tempo poderá comprometer o correto e útil exercício da jurisdição, ele determinará o que for necessário para evitar que isso aconteça, sob pena de figurar na relação processual como mero autômato ou espectador irresponsável, permitindo a degradação de seu próprio mister. Esse raciocínio conduz também, por si próprio e quando aplicado a contrário sensu, a excluir a tutela cautelar preparatória de ofício, pela simples razão de que, inexistindo um processo pendente, não se cogita de um exercício incorreto ou inútil da jurisdição sendo temerário antecipar o que poderá ocorrer se e quando o interessado vier a provocar a instauração do processo principal. No tocante às medidas cautelares, preparatórias, vige, portanto, a regra *nemo iudex sine aore*, ou princípio da demanda (CPC, arts. 2º e 262), que não se aplica quando se trata de tutela cautelar incidente. Em várias oportunidades venho apoiando esse pensamento, tendo em vista a forte razão de ordem pública que está à base do raciocínio de Galeno Lacerda, além de uma série de disposições contidas na própria lei, como aquela segundo a qual cabe ao juiz ‘velar pela rápida solução do litígio’ (CPC, art. 125, inc. II), além da que o manda ‘prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça’ (inc. III). Além disso, o Código manda ainda que o juiz, posto que só em casos excepcionais e de urgência, imponha medidas cautelares sem audiência das partes (art. 797). Tratando-se de impedir desgastes ao exercício da jurisdição, trazidos pelo decurso do tempo em associação a certos comportamentos desleais de uma das partes, tais dispositivos devem ser interpretados como portadores da autorização e comando no sentido de que o juiz atue de ofício, concedendo medidas cautelares ainda quando não pedidas.”. No mesmo sentido, ARAÚJO, Luciano Vianna. Os provimentos cautelares de ofício (art. 797 CPC) e a “cláusula geral” do §7º do art. 273 CPC. In: ARMELIN, Donald (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 845: “[...] o art. 797 CPC faculta ao magistrado, em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, o deferimento *ex officio* dos provimentos cautelares. Já se viu que tal poder-dever do magistrado possui sua gênese no poder geral de cautela. No entanto, o art. 797 CPC exigiria a excepcionalidade do caso e/ou a autorização legal. Pode-se, nesse contexto, interpretar o § 7º do art. 273 CPC como verdadeira ‘cláusula geral’, autorizadora do deferimento de provimentos cautelares pelo juiz, o qual, em consonância com o art. 797 CPC, permitiria, inclusive, a concessão *ex officio*? Se considerarmos que a excepcionalidade do caso e a autorização legal configuram requisitos alternativos, para o deferimento *ex officio* dos provimentos cautelares, como defendem os doutrinadores acima mencionados. E, por outro lado, se aceitarmos que o § 7º do art. 273 CPC constitui a autorização legal para a concessão de provimentos cautelares incidentais ao processo ajuizado. Pode-se admitir (e defender) que, a partir de uma interpretação sistemática do art. 797 c/c o art. 273, § 7º, ambos CPC, deve o juiz deferir, independentemente de requerimento das partes, quaisquer provimentos cautelares. Isto é, não se faz necessário o requerimento do autor, como alude o § 7º do art. 273 CPC, nem tampouco a expressa autorização legal (*numerus clausus*).”

condicionava a concessão da tutela antecipada ao requerimento da parte, razão pela qual esta não podia ser concedida de ofício¹⁹⁷. José Roberto dos Santos Bedaque somente admitia a tutela antecipada (satisfativa) de ofício em casos excepcionais¹⁹⁸.

Parte da doutrina entende que, no regime CPC, a tutela provisória somente pode ser concedida de ofício em casos excepcionais, como aqueles expressamente previstos em lei, aqueles em que há risco extremo de perecimento do direito material subjetivo, e aqueles em que uma parte é vulnerável em relação à outra¹⁹⁹ e estão em jogo direitos fundamentais, como benefícios previdenciários²⁰⁰.

¹⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 87-88: “Às antecipações de tutela não se aplica, todavia, a fundamental razão política pela qual as medidas cautelares incidentes devem ser concedidas de-ofício, porque aquelas não se destinam a dar apoio a um processo e ao correto exercício da jurisdição, mas a favorecer uma das partes em suas relações com a outra ou com o bem da vida em disputa. Torna-se relevante, nesse ponto, a distinção conceitual entre medida cautelar e antecipação de tutela, segundo a qual uma é instrumental ao processo e a outra, não. Enquanto se trata de impedir que o tempo e a malícia de uma das partes corra o exercício da jurisdição e de preservar a imperatividade e eficácia das decisões judiciais, legitima-se o superamento da regra de inércia da jurisdição, prevalecendo as garantias constitucionais do devido processo legal sobre a regra *nemo iudex sine actore*; mas, quando se pensa em oferecer a uma das partes, antecipadamente, a posse ou fruição de bens ou situações jurídicas no mundo exterior, retomam força e vigor as disposições dos arts. 2º e 262 do Código de Processo Civil, para que o juiz dependa sempre da provocação do interessado. Não é dado a este o poder de conceder tutelas jurisdicionais antecipadas, quer antes da instauração do processo, quer na pendência deste - e essa norma está expressa no corpo do art. 273 do Código de Processo Civil, quando estatui que as antecipações poderão ser concedidas a requerimento de parte. Essa razão de ordem política e sistemática é apoiada, na prática, pela observação de que as antecipações de tutela são ordinariamente gravosas para a parte contrária, ou invasivas de sua esfera jurídica, o que traz como consequência ao menos o risco de prejuízos a serem ressarcidos pelo beneficiário [...]. Criar-se-ia uma desconfortável situação de impasse, sendo necessário indenizar o lesado em caso de sair-se vencedor ao cabo do processo, mas sendo ao menos de duvidosa legitimidade a responsabilidade da outra parte por um ato que não pediu.”. Ainda no mesmo sentido, LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, v. 8, t. I, p. 77-120.

¹⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 412-414: “O legislador processual, rompendo com o dogma da inércia da jurisdição, permite ao juiz conceder tutela cautelar de ofício. Tal possibilidade encontra fundamento no art. 797 do Código de Processo Civil. Seria admissível a antecipação da tutela de ofício? A resposta genérica é negativa. O legislador condiciona a medida ao pedido da parte (art. 273). Além disso, ainda que se entenda a antecipação como cautelar, teríamos o óbice do art. 797, que apenas admite a cautela de ofício se houver expressa autorização legal. Por fim, a regra da inércia representa conquista da ciência moderna, pois visa a assegurar o afastamento do juiz dos interesses em conflito, retirando-lhe os poderes de iniciativa. Só deve ser aceita a “publicização” do processo se entendida essa expressão como o poder conferido ao juiz de alcançar resultado próximo da verdade real, livrando-o de protelações indevidas. Entenda-se verdade real como aquela resultante dos esforços dos sujeitos do processo, inclusive o juiz, para que a realidade seja, na medida do possível, fielmente retratada nos autos. Mais apropriado falar-se em verdade processual. Não se podem excluir, todavia, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade da antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança. Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação ex officio do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo.”.

¹⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, e-book, n.º 459: “A tutela jurisdicional realiza-se por meio do processo, que se inicia sob regência do princípio da disponibilidade, de sorte que cabe à parte definir o objeto litigioso e a tutela que, sobre ele, pretende obter em juízo (NCPC, art. 2º). As tutelas de urgência e da evidência são parcela da tutela geral que incumbe à parte postular, de maneira que, em princípio, deverão se submeter à demanda do interessado. O

Código de 1973 era expresso em exigir o requerimento da parte, tanto nas ações cautelares como nas antecipações de tutela: (a) ‘só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes’ (art. 797, CPC/1973); (b) ‘o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação’ (art. 273, caput, CPC/1973). O novo Código não reproduz, literalmente, essas normas, e já ao tempo da legislação anterior, vozes abalizadas defendiam a necessidade de flexibilizar a vedação às medidas de urgência ex officio. Embora se reconhecesse que o pedido do interessado decorria do princípio dispositivo, seu abrandamento era preconizado, para adequá-lo ao modelo constitucional do processo, comprometido com a tutela efetiva do direito material, em nível que ultrapassava o interesse limitado da parte. Excepcionalmente, portanto, admitia-se que, ‘em casos graves e de evidente disparidade de armas entre as partes’ pudesse, à luz da razoabilidade, antecipar a tutela de ofício no processo civil brasileiro. O sistema do Código novo, todavia, não é muito diverso do anterior. O art. 299, caput, do NCPC, pressupõe a iniciativa da parte ao dispor que ‘a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal’. Dessa maneira, pode-se entender que, em linhas gerais, se manteve a orientação doutrinária exposta: em regra, a tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, deverá ser requerida pela parte, mesmo porque, a respectiva execução corre por sua conta e risco, configurando hipótese legal de responsabilidade civil processual objetiva (art. 302). A contrário senso, somente quando houver situação de vulnerabilidade da parte e risco sério e evidente de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional, poder-se-á excepcionalmente, fugir do rigor do princípio dispositivo, tornando-se cabível a iniciativa do juiz para determinar medidas urgentes indispensáveis à realização da justa composição do litígio. É bom lembrar, porém, que no NCPC não há regra expressa que sequer reproduza a faculdade excepcional prevista no art. 797 CPC/1973.”.

²⁰⁰ Fernando da Fonseca Gajardoni aduz que: “Tem prevalecido a orientação que sustenta a possibilidade de o juiz, com base no seu poder geral de cautela, conceder de ofício, porém em caráter excepcionalíssimo, tutela de urgência conservativa (MARINONI e ARENHART, 2010, p. 104-106) (STJ, Segunda Turma, REsp 507.167/SC, Relator Ministro Peçanha Martins, julgado em 08.11.2005, DJ 05.12.2005, p. 275). Sendo o processo instrumento estatal de solução dos conflitos, razoável permitir que o próprio Estado assegure, oficiosamente, o resultado útil do processo. Algumas condições, contudo, se apresentam: a) o deferimento se dará, apenas, em situações de (i) risco extremo ou (ii) quando houver lei expressamente autorizando a concessão oficiosa da medida conservativa; e b) deverá haver demanda (principal ou cautelar antecedente) proposta (incoação do processo), sendo vedado ao juiz iniciar processo de ofício. Sob a vigência CPC/1973, admitiu-se, por exemplo, a decretação oficiosa de arresto pelo juiz da execução, para garantia do processo e eficácia da decisão (STJ, RMS 5345/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 16.05.1995, DJ 07.08.1995, p. 23035). [...] No entanto, quando se tratar de tutela de urgência satisfativa (antecipada), o quadro é mais complexo. No CPC/1973 (artigo 273, caput), previa-se que a tutela antecipada só seria deferida “a requerimento da parte”. Doutrina vacilava, diante da locução referida, em admitir tutela antecipada de ofício, mesmo na hipótese de urgência (artigo 273, I, CPC/1973). Afirmava-se que não cabia ao intérprete afrontar o comando legal expresso, em que pese a admissão excepcional, geralmente relacionada a obrigações de fazer e direitos indisponíveis, de concessão oficiosa. [...] No CPC não há mais nenhuma disposição a condicionar o deferimento ao requerimento da parte. Ganha força, assim, a tese de que é possível ao juiz, mesmo de ofício, deferir tutela de urgência satisfativa (antecipada). A urgência do caso e, porque não, a disparidade de armas entre os litigantes autorizariam, a bem da igualdade material, a concessão oficiosa da tutela de urgência satisfativa (como ordinariamente ocorre em feitos de natureza previdenciária). [...] Pensa-se, contudo, que para a admissão excepcionalíssima da concessão de tutela de urgência antecipada de ofício devem ser aplicadas as mesmas condicionantes já afirmadas para a concessão oficiosa da tutela de urgência cautelar: a) o deferimento se dará, apenas, em situações de (i) risco extremo ou (ii) quando houver lei expressamente autorizando a concessão oficiosa; e b) deverá haver demanda (principal ou antecedente) proposta (incoação do processo), sendo vedado ao juiz iniciar processo de ofício. [...] Acredita-se, ainda, que é de bom alvitre, inclusive para preservar a responsabilização objetiva do requerente da medida pelos danos causados ao adverso (artigo 302, CPC), que, mesmo nas hipóteses em que vislumbrado o cabimento de tutela de urgência não requerida, o magistrado, à luz do princípio da cooperação (artigo 6.º CPC), provoque a parte interessada a requerê-la. Sobejaria a oficiosidade absoluta, apenas, para casos extremos em que a prévia consulta à parte possa comprometer a própria eficácia da tutela de urgência a ser deferida.”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. 1. ed. São Paulo: Forense, 2015, p. 880-881.

A tutela provisória não pode ser concedida de ofício pelo juiz. Sua concessão depende de requerimento do interessado, em razão da garantia fundamental da inércia da jurisdição, consagrada pelos arts. 2º, 141 e 492, caput, CPC. Esta assegura a liberdade das pessoas e das coletividades às quais estas pertencem ao condicionar a ingerência do Judiciário em suas relações jurídicas ao pedido de algum interessado. Da mesma forma, garante a independência e a imparcialidade dos órgãos jurisdicionais, que seriam comprometidas caso o juízo fosse autorizado a julgar seus próprios pedidos²⁰¹. Nesse sentido, o art. 299, CPC determina, de forma expressa, que a tutela provisória deve ser requerida²⁰².

A concessão de tutela provisória gera um custo que será, a princípio, suportado pelo réu. Ocorre que a medida, baseada em cognição sumária, pode vir a ser revogada na sentença, baseada em cognição exauriente. Neste caso, tendo sido deferida de ofício, não seria conforme ao Direito, condenar o autor, com base nos arts. 297, parágrafo único, e 520, I, CPC, a ressarcir o réu das despesas que este teve em razão da tutela provisória²⁰³. Por outro lado, não faz sentido que, tendo sido vitorioso no processo, o réu arque com este prejuízo. Também não é razoável que a coletividade sofra esta perda financeira, por meio do erário, até

²⁰¹ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 296-330, jul./ dez. 2014. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 11 jun. 2015, p. 300-301: “A inércia é uma das garantias fundamentais do processo civil, segundo a qual a jurisdição civil somente se exerce por provocação de algum interessado, nos limites da demanda por ele proposta. Não há jurisdição ex-offício. A inércia é uma garantia fundamental da liberdade de todos os cidadãos frente ao Estado e de independência e imparcialidade da própria jurisdição e de quem a exerce. A lei não pode restringir a inércia, instituindo jurisdições que o juiz exerce por sua própria iniciativa, a não ser em casos extremos em que os próprios interessados se encontrem absolutamente incapacitados, por falta de consciência dos seus direitos ou de meios para mobilizar os seus instrumentos de tutela, como nas situações de crianças abandonadas e outras semelhantes, de requerer o exercício da jurisdição para evitar o iminente perecimento de direito fundamental indisponível. Ainda assim, nesses casos, se não houver outro sujeito apto a desencadear o exercício da jurisdição, deve o juiz promovê-la, mas, logo em seguida, declarar o seu impedimento para os atos subsequentes, reduzindo ao mínimo o seu exercício por órgão estatal despido de imparcialidade. Na tutela provisória não é diferente. Todas as suas espécies constituem pleno e específico exercício de jurisdição e, assim, somente podem ser exercidas por iniciativa de uma das partes interessadas, e não por iniciativa do próprio juiz. Isso resulta do disposto nos artigos 2º e 502, segundo os quais o processo civil começa por iniciativa da parte, sendo vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”. Cf., ainda, GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 447-449.

²⁰² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 572.

²⁰³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 593, aduzem que: “[...] a efetivação da tutela provisória dá-se sob responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for cassada ou reformada a decisão. Assim, concedida ex officio, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos, se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a sua concessão, exatamente porque, assim, conscientemente assume o risco de ter de reparar a outra parte, se restar vencida no processo”.

porque a Fazenda Pública somente terá ação de regresso contra o juiz que deferiu a medida, nos termos do art. 143, I, CPC, caso este o tenha feito com dolo ou culpa grave. Não obstante, parte da doutrina sustenta que a concessão de tutela provisória de ofício não viola o princípio da inércia, pois apenas antecipa o que foi requerido na petição inicial²⁰⁴.

O art. 513, §1º, CPC, de acordo com o qual, “o cumprimento da sentença que reconhece o dever de pagar quantia, provisório ou definitivo, far-se-á a requerimento do exequente” não impede que a concessão da tutela provisória *ex officio* viole o princípio da inércia da jurisdição, pois o mencionado dispositivo se refere, tão somente, à decisão "que reconhece o dever de pagar quantia" e não às decisões que condenam em obrigação de fazer, tais como as proferidas em mandado de segurança. De acordo com a jurisprudência do STJ, a efetivação destas independe de requerimento do autor. Uma vez intimado da ordem judicial, incumbe ao réu cumpri-la, dentro do prazo estabelecido pelo juiz²⁰⁵. O STJ também decidiu,

²⁰⁴ BODART, Bruno Vinicius da Rós. **Tutela da evidência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 117, sustenta que: “[...] não há sentido em submeter ao alvedrio do autor a concessão da tutela da evidência. O provimento de ofício não macula de forma alguma o princípio da inércia ou da demanda, visto que o Judiciário foi provocado pela petição inicial e, a partir de então, tem lugar o princípio do impulso oficial ([...] art. 2º CPC). Aquele que pede ao Estado juiz determinada providência, certamente deseja receber a utilidade pretendida *in limine*, ou, do contrário, estará litigando em juízo por interesses menos ortodoxos. Sendo assim, deve-se não apenas dispensar o seu requerimento, como também tornar ineficaz eventual insurgência do demandante em face da decisão concessiva da tutela da evidência, por absoluta ausência de interesse. Nem se diga que o autor poderia refutar a tutela liminar com o intuito de facilitar uma solução consensual perante a parte *ex adverso*. Sequer o trânsito em julgado seria óbice à transação sobre direitos disponíveis. Favorecido com a tutela da evidência, o demandante continua com plena disposição sobre seus direitos, o que poderá ajudá-lo, inclusive, a obter uma transação mais vantajosa”.

²⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.309.137/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 08/05/2012, DJe 22/05/2012. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO CONCEDIDA NO ACÓRDÃO. ADMISSIBILIDADE EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. 1. Trata-se, na origem, de Ação Declaratória com pedido de condenação ao pagamento de salário-maternidade movida por trabalhadora rural diarista. O acórdão confirmou a sentença de procedência e, de ofício, determinou a imediata implantação do mencionado benefício. 2. As tutelas de urgência são identificadas como reação ao sistema clássico pelo qual primeiro se julga e depois se implementa o comando, diante da demora do processo e da implementação de todos os atos processuais inerentes ao cumprimento da garantia do devido processo legal. Elas regulam situação que demanda exegese que estabeleça um equilíbrio de garantias e princípios (v.g., contraditório, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, direito à vida, resolução do processo em prazo razoável). 3. No caso concreto, o Tribunal se vale da ideia de que se pretende conceder salário-maternidade a trabalhadora rural (boia-fria) em virtude de nascimento de criança em 2004. 4. O Superior Tribunal de Justiça reconhece haver um núcleo de direitos invioláveis essenciais à dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais correlatos às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais garantidores da própria vida não podem ser desprezados pelo Poder Judiciário. Afinal, "a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais" (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.9.2009, grifei.) 5. A doutrina admite, em hipóteses extremas, a concessão da tutela antecipada de ofício, nas "situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade de antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança" (José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela cautelar e

em embargos de declaração de recurso especial representativo de controvérsia, que o fato de o juiz ter concedido antecipação de tutela de ofício, determinando que o INSS pagasse benefício previdenciário, não exonera o autor do dever de ressarcir o erário em caso de sentença de improcedência²⁰⁶.

O art. 4º, *caput*, Lei 5.478/1968 confere ao juiz o poder de conceder de ofício alimentos provisórios, na ação de alimentos ajuizada por incapaz²⁰⁷⁻²⁰⁸.

O art. 153, do Estatuto da Criança e do Adolescente, autoriza o órgão jurisdicional competente a investigar os fatos e ordenar, de ofício, as providências necessárias para salvaguardar os direitos das crianças e adolescentes em situação de risco. Entretanto, veda a atuação oficiosa do juízo quando a medida judicial a ser adotada depender da instauração de procedimento contencioso, a exemplo do afastamento da criança ou do adolescente de sua

tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 384-385). 6. A jurisprudência do STJ não destoa em situações semelhantes, ao reconhecer que a determinação de implementação imediata do benefício previdenciário tem caráter mandamental, e não de execução provisória, e independe, assim, de requerimento expresso da parte (v. AgRg no REsp 1.056.742/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 11.10.2010 e REsp 1.063.296/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 19.12.2008). 7. Recurso Especial não provido”.

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1401560/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, j. 27/04/2016, DJe 02/05/2016. Ementa: “[...] EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C CPC/1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. ARTIGO 115 LEI 8.213/1991. CABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 3. A principal argumentação trazida pela embargante consiste em que a tutela antecipada que lhe reconheceu o direito à aposentadoria por idade rural, posteriormente, revogada pelo Tribunal a quo, foi concedida de ofício pelo Magistado de primeiro grau, sem que houvesse requerimento da parte nesse sentido. 4. A definitividade da decisão que antecipa liminarmente a tutela, na forma do artigo 273 CPC/1973, não enseja a presunção, pelo segurado, de que os valores recebidos integram, em definitivo, o seu patrimônio. O pressuposto básico do instituto é a reversibilidade da decisão judicial. Havendo perigo de irreversibilidade, não há tutela antecipada, consoante artigo 273, § 2º, CPC/1973. 5. Quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu decisum não é irreversível. Nos dizeres do Ministro Ari Pargendler, que inaugurou a divergência no âmbito do julgamento do representativo da controvérsia, mal sucedida a demanda, o autor da ação responde pelo que recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no Juiz, ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária. 6. Do texto legal contido no artigo 115 Lei 8.213/1991, apesar de não expressamente prevista norma de desconto de valores recebidos a título de antecipação da tutela posteriormente revogada, é possível admitir, com base no inciso II e, eventualmente, no inciso VI, o ressarcimento pretendido. 7. Embargos de declaração rejeitados”.

²⁰⁷ O art. 654, §2º, CPP, autoriza os órgãos jurisdicionais a expedir a ordem de habeas corpus, de ofício, “quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal” em seu direito de liberdade de locomoção. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 03 jul. 2015.

²⁰⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 593.

família de origem, e quando, apesar da inexistência de litígio, estiver sujeita à instituição de procedimento expressamente previsto em lei²⁰⁹.

O art. 761, CPC, confere legitimidade para ajuizar ação de remoção de curador, nos casos previstos em lei, ao Ministério Público e a quem tenha legítimo interesse. O autor deve pedir a concessão de tutela de urgência de natureza antecipada, consistente na suspensão, isto é, no afastamento do réu de sua função, durante o processo, quando este não a estiver desempenhando de forma adequada, colocando em risco os direitos do tutelado ou curatelado. Entretanto, caso o demandante deixe de requerer a suspensão, apesar da extrema gravidade da situação, o juiz deve determiná-la de ofício, nomeando substituto interino, tendo em vista o disposto no art. 762, CPC. Em qualquer caso, a suspensão pode ser determinada liminarmente, quando a urgência justificar a postergação do contraditório²¹⁰.

Note-se que, nos casos descritos acima, em que a lei expressamente prevê a concessão da tutela provisória de ofício – art. 4º, *caput*, Lei 5.478/1968; art. 153, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e art. 761, CPC – o legislador teve a intenção de salvaguardar direitos fundamentais de incapazes, justificando-se, portanto, o sacrifício das garantias fundamentais da independência e da imparcialidade. Embora a Lei 5.478/1968 se refira também à ação de alimentos ajuizada pelo cônjuge, o art. 4º, *caput*, deste diploma legal teve por único fim assegurar o direito do autor incapaz aos alimentos, diante da omissão de seus representantes legais. Assim, entendemos, a partir de uma interpretação sistemática, que, em todo e qualquer procedimento, diante da omissão dos representantes legais do incapaz e do Ministério Público em requerer tutela provisória para a salvaguarda de direito fundamental deste, o juiz deve, por força dos princípios da cooperação (art. 6º, CPC) e do contraditório (art. 5º, LV,

²⁰⁹ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 04 jul. 2015.

²¹⁰ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro: 2011, p. 105-106, entende que o art. 762, CPC autoriza o juiz a instaurar de ofício o procedimento para a retirada do tutor de um menor: “Existem algumas exceções ao princípio da inércia que devem ser tratadas com grande rigor, como, por exemplo, a que permite ao juiz instaurar de ofício um procedimento para a retirada do tutor de um menor (art. 762 CPC). Nesse caso, a incapacidade do menor de prover por si mesmo à sua proteção, aliada ao dever do estado de assistência à infância e somada à absoluta impossibilidade concreta de que outro sujeito público ou privado tome a iniciativa de mover o exercício da jurisdição, exige que o juiz aja, mesmo sem ter sido provocado. Contudo, essa é uma situação excepcional, em que o juiz atua de ofício, desprezando a inércia, no exercício de uma função assistencial que o Estado deve prestar àqueles que não podem tutelar os seus próprios interesses ou não encontram na sociedade o apoio de qualquer outro sujeito que possa agir em seu benefício.”. Entendemos que o art. 762, CPC não autoriza o juiz a instaurar o procedimento de remoção do tutor ou do curador de ofício, mas, tão somente, a suspender o tutor ou o curador, de ofício, no curso de um processo de remoção ajuizado pelo Ministério Público ou a quem tenha legítimo interesse.

CRFB/1988)²¹¹⁻²¹², adverti-los da necessidade de formular tal pedido²¹³. Caso o órgão do *Parquet* deixe de requerer a tutela provisória, mesmo depois de advertido, o juízo poderá recorrer ao chefe daquela instituição, em aplicação subsidiária do art. 28, do CPP. Em qualquer caso, o magistrado deve acatar a decisão final do Ministério Público, acerca da não formulação do pedido, formulada por seu Procurador-Geral. Entretanto, deve conceder a tutela provisória de urgência de ofício, quando o decurso do tempo necessário para a advertência ou para o eventual recurso ao chefe do *Parquet* puder fazer perecer o direito do incapaz. Haverá neste caso, contudo, interesse da parte incapaz de recorrer contra a decisão que concedeu a tutela provisória de urgência em seu favor. Fora desta hipótese excepcional, o juiz somente pode conceder tutela provisória de ofício nos casos expressamente previstos em lei²¹⁴, desde que a norma legal não afronte a Constituição Federal, isto é, desde que o sacrifício das garantias fundamentais da imparcialidade e da independência se justifique em razão da salvaguarda de direito fundamental de incapaz.

O juiz deve respeitar a decisão de não formular pedido de tutela provisória, tomada por parte capaz, abstendo-se de concedê-la de ofício, pois ninguém conhece melhor os interesses de uma pessoa capaz do que ela própria, ainda que se trate de indivíduo economicamente hipossuficiente e com baixo grau de escolaridade. Por outro lado, o juiz não deve pressupor que os advogados e defensores públicos que defendem as partes são tecnicamente inaptos ao exercício de suas atividades profissionais ou displicentes no

²¹¹ CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 207-229. , CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n.126, p. 59-81, ago. 2005.

²¹² O princípio da cooperação, expressamente consagrado pelo art. 6º, CPC, é um princípio constitucional implícito que decorre do princípio do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988), do princípio do devido processo legal (art. Art. 5º, LIV, CRFB/1988), do princípio da solidariedade (art. 3º, I, CRFB/1988), do princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e da garantia da fundamentação das decisões judiciais (art. art. 93, IX, CRFB/1988). Embora reconheçamos autonomia ao princípio da cooperação, procuramos destacar, aqui, a importância da ideia de cooperação para a compreensão do contraditório. Cf. QUEIROZ, Pedro Gomes de. O princípio da cooperação e a exibição de documento ou coisa no Processo Civil. 2014. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

²¹³ Sobre o dever de advertência do juiz, decorrente do princípio da cooperação, cf. SOUSA. Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista Forense**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 93, n. 338, pp. 149-158, abr./ jun. 1997.

²¹⁴ Em sentido diverso, considerando que o órgão jurisdicional somente pode conceder de ofício a tutela provisória, em hipóteses expressamente previstas em lei, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 593: “Não consideramos possível a concessão *ex officio* da tutela provisória, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei. É o que se extrai de uma interpretação sistemática da legislação processual, que se estrutura na regra da congruência”.

desempenho de suas funções, uma vez que foram adequadamente testados por meio de Exame de Ordem ou concurso público e estão efetivamente sujeitos à responsabilidade disciplinar e civil prevista em lei. Imagine-se, por exemplo, que um consumidor compre um carro zero quilômetros e perceba, após dois dias de uso, que o mesmo apresenta sério defeito no motor. O comprador, então, procura o fabricante e exige o conserto do defeito, mas este não o realiza no prazo de trinta dias estabelecido pelo art. 18, §1º, CDC. O consumidor, então, exige a substituição do automóvel por outro da mesma marca e modelo, em perfeitas condições de uso e, diante da recusa do fornecedor, formula seu pleito em juízo. Poderia o juiz, neste caso, deferir, de ofício, tutela provisória de urgência de natureza antecipada ou tutela provisória de evidência, não requerida pelo autor, consistente na entrega imediata a este do automóvel novo? A resposta é evidentemente negativa, pois providência deste tipo afrontaria, ao menos momentaneamente, a liberdade do autor²¹⁵. Ao receber o carro, antes do fim do processo, o

²¹⁵ Em sentido contrário, BODART, Bruno Vinicius da Rós. **Tutela da evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 179-182, defende que o juiz deve conceder a tutela provisória de evidência de ofício sempre que verificar a presença, no caso, dos pressupostos legais: “[...] a tutela da evidência sancionadora do abuso do direito de defesa, na sistemática do Projeto do novo CPC, independe de requerimento do autor, pois o comportamento desleal do réu é atentatório à dignidade da justiça. [...] a tutela da evidência é um mecanismo de combate às falhas estruturais do sistema processual. Ao permitir o imediato acesso do demandante ao bem da vida que postula e a que provavelmente faz jus, o juiz desestimula a prática de atos procrastinatórios por parte do réu e facilita o encerramento do processo em tempo mais curto, eliminando mais um caso das prateleiras (ou dos bancos de dados virtuais) do Judiciário. No plano macroscópico, a tendência é a significativa diminuição dos processos judiciais, que se arrastam durante anos, perpassando todas as instâncias, até que não haja mais qualquer possibilidade de recurso. Desonerados desses processos, os órgãos do Judiciário poderão debruçar-se sobre os demais casos com maior aplicação, garantindo não somente a redução de erros judiciários, mas também respostas jurisdicionais mais céleres. Disso resultará, certamente, um aumento na confiança depositada pelos jurisdicionados nas instituições. [...] A mera existência de um instrumento célere e eficaz de correção de injustiças, tal qual a tutela da evidência prevista no Projeto do novo CPC, é fator de desencorajamento para aqueles [que] estruturam suas atividades pautados pela demora patológica dos processos, praticando injustiças de forma sistemática para beneficiar-se dos casos que não serão corrigidos pelo Estado-juiz – na França, convencionou-se denominar esse fenômeno como ‘efeito dissuasivo do *référé provision*’. Demonstra-se, assim, que a tutela da evidência não serve apenas ao interesse da parte. Tem importância para a administração da justiça como um todo, pois constitui uma estratégia de ação para a melhora da qualidade da prestação jurisdicional. Também não é um simples expediente destinado a combater os atrasos da justiça. Muito mais que isso, é um instrumento de valorização da vida jurídica, um instituto destinado a promover verdadeira revolução cultural, um duro golpe para aqueles que lucram com a impunidade gerada pela lentidão do Judiciário. A tutela da evidência tem por escopo, além da proteção da esfera jurídica de um demandante específico, a salvaguarda da honra da justiça. Por todo o exposto, não há sentido submeter ao alvedrio do autor a concessão da tutela da evidência. O provimento de ofício não macula de forma alguma o princípio da inércia ou da demanda, visto que o Judiciário foi provocado pela petição inicial e, a partir de então, tem o lugar o princípio do impulso oficial (art. 262 CPC/1973 [...]). Aquele que pede ao Estado-juiz determinada providência, certamente deseja receber a utilidade pretendida *in limine*, ou, do contrário, estará litigando em juízo por interesses menos ortodoxos. Sendo assim, deve-se não apenas dispensar o seu requerimento, como também tornar ineficaz eventual insurgência do demandante em face da decisão concessiva da tutela da evidência, por absoluta ausência de interesse. Nem se diga que o autor poderia refutar a tutela liminar com o intuito de facilitar uma solução consensual perante a parte *ex adverso*. Sequer o trânsito em julgado seria óbice à transação sobre direitos disponíveis. Favorecido com a tutela da evidência, o demandante continua com plena disposição sobre seus direitos, o que poderá ajudá-lo, inclusive, a obter uma transação mais vantajosa. Algumas vezes, principalmente daqueles que seguem a linha privatista, poderiam levantar-se contra o poder do juiz de conceder de ofício a tutela da evidência, invocando, para tanto, o risco de que haja margem para abusos. O argumento, contudo, é inevitavelmente falho: ou porque

autor passaria a ter uma série de despesas em razão dele, decorrentes, por exemplo, de sua manutenção, seguro e estacionamento. Da mesma forma, caso viesse a ter seu pedido final de mérito julgado improcedente, teria que indenizar o réu pelo equivalente pecuniário, caso o carro venha a perecer em seu poder²¹⁶. Não obstante, em todo caso em que vislumbre a possibilidade de concessão de tutela provisória em favor de uma das partes, havendo esta deixado de requerê-la, o juiz deve, por força dos princípios da cooperação (art. 6º, CPC) e do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988 e art. 7º, CPC), consultar a parte interessada sobre seu desejo de pedir a referida tutela²¹⁷.

pressupõe que os juízes em geral são autoritários e imprudentes; ou porque raciocina pelo excepcional, e a elaboração de um Código não pode pautar-se pelo extravagante. Abusos devem ser combatidos pelas vias recursais. Diriam outros que o requerimento da parte é essencial para autorizar a responsabilização do autor pelos danos causados pela efetivação da medida [...]. A objeção é igualmente equivocada, pois a efetivação da medida não prescinde do requerimento do interessado [...]. Ademais, o pedido inicial, que provoca o exercício da jurisdição, já é suficiente para atrair ao autor a responsabilização pelos mencionados danos, não se concebendo que o demandante esteja de acordo apenas com eventual tutela definitiva do seu direito, mas seja refratário a eventual provimento de caráter antecipatório. É defensável, contudo, em algumas hipóteses, a necessidade de requerimento para a efetivação de tutela de urgência. Não se deve perder de vista que essa modalidade de tutela, baseada na existência de *periculum in mora*, também tem lugar nas situações em que ultrapassado o denominado “limite do desastre”, ou seja, naqueles casos em que o juiz considera que uma lesão ao bem jurídico envolvido seria de gravidade tão elevada que permitiria a sua tutela com um grau reduzido de verossimilhança das alegações do autor. Não caberia ao juiz, em tais hipóteses, entrever um contexto de extrema urgência que sequer foi descrito pelo autor, salvo nos casos em que considerar que este não teria, por qualquer razão, condições de formular o requerimento antes do evento lesivo. Todavia, sempre que presentes os requisitos para a concessão de tutela da evidência, deve também ser permitida a prolação de ofício da tutela de urgência.”.

²¹⁶ Exemplo semelhante nos é fornecido por Antônio do Passo Cabral em palestra sobre as convenções processuais no CPC, transmitida ao vivo pela OAB/RJ, em 17 jun. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uv25Ho15MQo&index=6&list=PLaayD_-O8uRqXAI9y95dloDcFY6isjzg>. Acesso em: 03 jul. 2015.

²¹⁷ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 109-110: “A doutrina, de um modo geral, nega a possibilidade de o juiz antecipar a tutela jurisdicional de ofício. E quando admite, a franquia está circunscrita normalmente ao âmbito da antecipação da tutela cautelar, partindo-se do equivocado pressuposto de que aí o órgão jurisdicional estaria apenas protegendo o processo, sem incidir sobre o direito material, atuando apenas para ‘preservar a utilidade do resultado do processo’. É preciso repensar o problema. É certo que, a princípio, a antecipação de tutela está reservada aos casos em que há requerimento da parte (art. 2º, CPC). Como a técnica antecipatória adianta no tempo proteção ao direito da parte, seja para satisfazê-lo desde logo, seja para acautelá-lo para realização futura, é natural que o seu emprego esteja condicionado ao requerimento da parte interessada. No entanto, depois de proposta a ação visando à tutela do direito, a liberdade e a autonomia privada prestigiadas pelo princípio da demanda encontram-se devidamente resguardadas: o direito só será protegido mediante tutela satisfativa ou tutela cautelar porque a parte assim entendeu conveniente e conforme ao seu interesse. A partir daí o problema transfere-se do plano da iniciativa para o plano da condução do processo. Se é certo que historicamente já se entendeu como uma projeção necessária do princípio da demanda o princípio dispositivo (ou, mais propriamente, o princípio dispositivo em sentido processual, também conhecido como *Verhandlungsgrundsatz* ou *Beibringungsgrundsatz*), que reserva também às partes a livre condução do processo, hoje está assente que a sua condução deve ser realizada pelo juiz em clima de permanente colaboração com as partes. A solução para o problema está em possibilitar ao juiz a consulta à parte que poderá se beneficiar pela antecipação de tutela. O juiz poderá consultar a parte se a mesma tem interesse na obtenção da tutela antecipada, fundado em seu dever de cooperação (art. 6º, CPC). Com isso, equilibra-se a iniciativa judicial, inspirada na promoção da igualdade entre os litigantes e à adequação da tutela jurisdicional, e o respeito à liberdade da parte, que pode não ter interesse em fruir de decisão provisória ao longo do procedimento, mormente em face do regime de responsabilidade civil inerente à tutela sumária (art. 302, CPC).”.

Alguns doutrinadores defendem que o juiz não pode instaurar um processo de ofício a fim de conceder tutela provisória, cautelar preparatória ou antecipada (satisfativa), pois, agindo assim, estaria violando o princípio da inércia da jurisdição. Entretanto, poderia e deveria conceder a tutela provisória de urgência cautelar incidente, tendo em vista que o autor já deu início ao processo judicial ao protocolar a sua petição inicial, consistindo a tutela cautelar incidental *ex officio* em mero impulso processual oficial²¹⁸. Com o devido respeito,

²¹⁸ Fernando da Fonseca Gajardoni em GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. 1. ed. São Paulo: Forense, 2015, p. 880-881. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 2017, p. 860-863: “Reinam incertezas na jurisprudência sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade da concessão de medidas provisórias por decisão espontânea do juiz, ou seja, de ofício. Essas dúvidas, muito vivas na vigência do Código de Processo Civil anterior, continuam acesas no direito vigente porque a esse respeito não se manifesta o estatuto de 2015. Em dois dispositivos limita-se este a falar no requerimento de tutela provisória, como ao dizer que “a tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas” (art. 295) e que “a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal” (art. 299). Esses dispositivos, ao cuidarem da iniciativa de parte, poderiam talvez revelar a intenção de fechar portas à concessão *ex officio* de toda e qualquer tutela provisória, mas na realidade tais sinais são muito tênues e não vencem as razões pelas quais já na vigência do estatuto de 1973 a jurisprudência vinha admitindo em certos casos a outorga de tutelas provisórias sem essa iniciativa. Uma primeira distinção há de ser feita, entre tutelas provisórias antecedentes ao processo principal e tutelas incidentes a este. Afasta-se de modo absoluto qualquer tutela provisória antecedente sem provocação da parte, simplesmente porque sua concessão seria contrária à regra da inércia da jurisdição, tradicional no processo civil brasileiro e reafirmada no art. 2º do Código de Processo Civil (...). Sem um processo pendente por iniciativa de um litigante jurisdição alguma se exerce, seja em relação ao próprio litígio que envolve as partes, seja para conceder a uma delas uma tutela cautelar ou antecipatória. No tocante às medidas provisórias incidentes também uma distinção se impõe, entre as cautelares e as antecipatórias, aqui incluídas as medidas de tutela da evidência, que têm nítido caráter de tutela antecipada suscetíveis de concessão de ofício incidentemente ao processo, e estas, não. Sabido que as medidas cautelares são destinadas a proporcionar a eficiência do processo e não a satisfação do direito de uma das partes (sequer parcial ou temporária [...]), constitui dever do juiz o zelo pelos elementos exteriores (bens e fontes de prova) dos quais o processo precisará valer-se para ser apto a produzir tutelas jurisdicionais adequadas. Permitir que um bem suscetível de excussão seja desviado do patrimônio do devedor, sem tomar qualquer providência para que isso não aconteça, seria renunciar ao efetivo exercício da jurisdição segundo seus legítimos objetivos. Não impedir o desaparecimento de uma fonte de prova, como no caso de uma testemunha em risco de vida ou de um veículo danificado em acidente rodoviário, *idem*. Daí a autorização para que o juiz busque a preservação ou conservação desses bens, mesmo sem provocação alguma, pois isso faz parte do correto exercício da jurisdição. Para impedir que tais males aconteçam, ele concederá de ofício o arresto, o sequestro, a busca e apreensão etc. (art. 301) ou realizará de ofício uma produção antecipada da prova (art. 381, inc. I). Nessas situações ‘nada impede o juiz de (...) determinar de ofício a adoção de medida tendente a garantir a utilidade do provimento jurisdicional buscado na ação principal, ainda que não requerida pela parte’ (STJ). Mas é claro que tais razões e tal solução só prevalecem quanto à tutela cautelar incidente, não à antecedente. Tal solução e tais razões, que vêm de uma proposta formulada pelo prof. Galeno Lacerda em sede doutrinária, contam com o apoio de uma série de disposições contidas na própria lei, como aquela segundo a qual cabe ao juiz “velar pela duração razoável do processo” (art. 139, inc. II), além da que o manda “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça” (inc. III). Além disso, o Código manda ainda que o juiz, posto que só em casos excepcionais, conceda a tutela provisória de urgência, impondo medidas cautelares sem audiência das partes (art. 9º, par., inc. II). Tratando-se de impedir desgastes ao exercício da jurisdição já em curso, trazidos pelo decurso do tempo em associação a certos comportamentos de uma das partes, tais dispositivos devem ser interpretados como portadores da autorização e comando no sentido de que o juiz atue de ofício, concedendo medidas cautelares incidentes. Às antecipações de tutela em princípio não se aplica, todavia, a fundamental razão política pela qual as medidas cautelares incidentes devem ser concedidas de ofício, porque ali não se trata de preservar a dignidade do exercício da jurisdição mas de atender aos interesses das partes nas suas relações na vida comum, exterior ao processo. Conceder uma dessas antecipações é propiciar ao interessado a fruição, ainda que

trata-se de entendimento equivocado, tendo em vista que a tanto a concessão da tutela provisória antecedente, cautelar ou satisfativa, de ofício, quanto a outorga da tutela cautelar incidente *ex officio* violam os princípios da inércia da jurisdição e da congruência, além da causar todos os inconvenientes relativos à responsabilidade pela efetivação da tutela provisória descritos acima.

O art. 370, caput, CPC, autoriza o órgão jurisdicional a produzir de ofício provas em um processo judicial já iniciado por outrem. Entretanto, o princípio da inércia da jurisdição (art. 2º, CPC) veda a instauração *ex officio* de um processo cautelar antecedente, para, ato contínuo, conceder tutela provisória de urgência cautelar antecedente, consistente na produção de prova. Na realidade, o art. 370, caput, CPC, não autoriza o juiz a conceder tutela cautelar de ofício, pois a produção de prova de ofício, no curso de um processo judicial já instaurado por outra pessoa, não constitui tutela cautelar, ainda que tal prova seja produzida de forma antecipada (art. 139, IV, CPC), mas, tão somente, o exercício de um poder jurisdicional expressamente previsto em lei.

A liminar em mandado de segurança constitui tutela provisória de urgência incidental e/ou da evidência. Somente será tutela da evidência, quando presentes os requisitos do art. 311, CPC, já que este adotou um conceito restritivo de direito evidente. De acordo com este dispositivo, não basta que o direito material subjetivo do impetrante seja evidenciado por prova documental pré-constituída, devendo, ainda, existir precedente ou súmula vinculante que o ampare, nos termos de seu inciso II. Caso o documento apresentado ou referido pelo autor seja prova de requisição administrativa impropriamente denominada “contrato de depósito” (art. 311, III, CPC), a liminar em mandado de segurança poderá constituir tutela da evidência. Além disso, a Lei 12.016/2009 não autoriza a concessão de ofício da liminar em

provisória, da situação favorável postulada na demanda principal – de modo que este será o primeiro árbitro da conveniência de postular a antecipação, não a recebendo se não a postular. Prevalece aqui, em cheio, a regra da inércia processual, pela qual a concessão da tutela jurisdicional depende de provocação do sujeito interessado (CPC, art. 2º). Essa razão de ordem política e sistemática é apoiada, na prática, pela observação de que as antecipações de tutela são ordinariamente gravosas para a parte contrária, ou invasivas de sua esfera jurídica, o que traz como consequência ao menos o risco de prejuízos a serem ressarcidos pelo beneficiário (art. 301 [...]). Criar-se-ia uma desconfortável situação de impasse, sendo necessário indenizar o lesado em caso de sair-se vencedor ao cabo do processo, mas sendo de duvidosa legitimidade a responsabilidade da outra parte por um ato que não pediu. Em resumo: a) não se concede de ofício qualquer tutela provisória em caráter antecedente, quer se trate de medida cautelar, quer de antecipação de tutela; b) também não se concede de ofício a tutela antecipatória, mesmo quando em caráter incidente ao processo já pendente; c) somente são passíveis de concessão espontânea pelo juiz, sem provocação da parte, as tutelas cautelares incidentes ao processo. Mas o Superior Tribunal de Justiça decidiu que em hipóteses extremas a tutela antecipada incidente possa ser concedida de ofício. Isso pode ser feito em casos de antecipações não invasivas ou muito pouco invasivas da esfera de direitos da parte contrária, ou seja, sem o efeito de causar danos significativos a esta. Tenha-se por exemplo uma tutela antecipada destinada a assegurar ao autor o direito de passagem forçada, regulado por normas de direito da vizinhança contidas no Código Civil (art. 1.285). Mas só em casos excepcionais.”.

mandado de segurança. Assim, a liminar em mandado de segurança não pode ser concedida de ofício, em razão do princípio da inércia, essencial à preservação da liberdade das partes e da imparcialidade do juiz, que tem o dever de conferir tratamento isonômico a estas (art. 139, I, CPC)²¹⁹.

O art. 4º, Lei 10.259/2001, autoriza, expressamente, a concessão, de ofício, de tutela cautelar, no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Já o art. 3º, Lei 12.153/2009, vai além ao permitir não somente a tutela cautelar, mas também a antecipada (satisfativa) *ex officio*, no procedimento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Tais previsões legais são, em nosso entendimento, inconstitucionais, por violarem o princípio da inércia da jurisdição, essencial para a preservação da imparcialidade do juiz e, assim, da isonomia entre as partes (art. 5º, caput, CRFB/1988 e art. 139, I, CPC).

5.5 O poder do juiz para determinar as medidas adequadas para efetivação da tutela provisória no mandado de segurança

O magistrado pode determinar todas as providências que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória (art. 297, caput, CPC), seja esta de urgência ou de evidência, antecipada ou cautelar, requerida em caráter antecedente ou incidental. Assim, não está adstrido àquelas requeridas pelo autor ou reconvinente. É possível, portanto, afirmar que os meios de efetivação da tutela provisória não estão abrangidos pela regra da congruência ou correlação (artigos 141 e 492, CPC), decorrente da inércia da jurisdição (art. 2º, CPC). Tais medidas podem ser “indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias”, “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”²²⁰.

²¹⁹ Em sentido contrário, MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 187-188: “[...] o Juiz pode e, mais que isto, deve suspender, independentemente de requerimento do impetrante, os efeitos do ato impugnado, quando for relevante o fundamento, e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida. [...] A Lei 12.016/2009 reproduz, em seu art. 7º, inciso III, a norma que estava na lei anterior, o que corrobora o meu ponto de vista no sentido de que o juiz não apenas pode, como, a rigor, ele deve emitir o provimento judicial de urgência, ainda quando este não tenha sido requerido pelo impetrante. [...] o dispositivo Lei anterior não se referia a requerimento. E o texto Lei atual também não se refere ao deferimento da liminar. Diz apenas que ao despachar a inicial o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo à impetração”.

²²⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 528, observa que: “O juiz poderá, observando as normas atinentes ao cumprimento provisório da sentença, determinar todas as medidas que entender necessárias para a efetivação da tutela, mesmo que não tenham sido expressamente requeridas pela parte (art. 297). De se observar que o art. 139, IV, dispõe que o magistrado pode “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 364, sustenta que: “Outra característica da tutela provisória é a fungibilidade, consagrada no artigo 297 do Código de 2015, que admite que o juiz determine as medidas que

Deve-se salientar, contudo, que a escolha do juiz quanto às medidas de efetivação da tutela provisória está sujeita aos limites impostos pelo postulado normativo da proporcionalidade, decorrente do devido processo legal substantivo (art. 5º, LV, CRFB/1988). Dessa forma, em atenção ao art. 489, §2º, CPC, o juiz deverá demonstrar, na fundamentação da sua decisão: a adequação dos meios escolhidos à efetivação da tutela provisória; sua necessidade ou exigibilidade, ou seja, a inexistência de meio menos gravoso para que se alcance o fim visado; bem como a proporcionalidade em sentido estrito destes, isto é, que o benefício trazido supera o ônus imposto²²¹. Importa salientar que o subprincípio da

considerar adequadas para a sua efetivação. Essa regra deve ter alcance diverso, conforme se trate de tutela provisória cautelar ou antecipatória. Na tutela cautelar, como na execução (art. 805), a adstrição se limita ao pedido mediato, ou seja, ao bem da vida, ao interesse que o autor pretende proteger, ao objeto da tutela, não ao meio de proteção, à providência jurisdicional requerida para alcançá-la. A fungibilidade, que pode ser determinada *ex officio*, visa a equilibrar os interesses em jogo, resguardando ao mesmo tempo e com o maior alcance possível o interesse do requerente à tutela pretendida com o interesse do requerido, do qual não deve ser exigido sacrifício maior do que o necessário. Neste aspecto, a redação do Código de 2015 é melhor do que a do artigo 805 do Código de 1973, já que não comporta interpretação restritiva da sua aplicação apenas ao momento ulterior na substituição de tutela anteriormente concedida. Tampouco reproduz exigência expressa de que a concessão de medida cautelar diversa da que foi requerida seja condicionada à menor onerosidade para o requerido. O juízo de ponderação entre o perigo que assola o requerente e o que poderá incidir sobre o requerido, caso a tutela cautelar seja deferida, deverá ser sempre efetuado pelo juiz, não só para decidir se concede ou não a tutela pretendida, mas também para efetuar a escolha da providência mais adequada e proporcional. Por outro lado, na tutela antecipatória, de urgência ou de evidência, a adstrição é mais rigorosa. Aqui se trata de apreciação de pedido sobre a atribuição ao requerente, ainda que provisória, de providência de direito material, declaratória, constitutiva ou condenatória. Aqui o juiz não pode conceder providência diversa da requerida, sob pena de violação ao princípio da demanda e de prolação de julgamento extra petita. Por isso, considero que, na tutela antecipatória, o artigo 297 do Código de 2015 não possibilita a concessão de providência jurisdicional diversa. Na efetivação ou cumprimento da decisão, tal como na tutela específica ou na execução do Código de 1973 (arts. 461, § 5º, e 620), o juiz possa, aí sim, pela sua natureza substancialmente executória, fazer uso dos meios coativos ou sub-rogatórios que lhe pareçam mais adequados e eficazes”. Sobre o princípio da inércia da jurisdição e a consequente regra da correlação ou congruência, cf. MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37, 746-747.

²²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 340: “O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela

embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto.”. LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 116, p. 33-34, jul./ago. 2004: “a) a proporcionalidade é verdadeiro princípio, e não simples regra, porque uma regra não tem o condão de resolver colisão entre princípios (normas fundantes); b) cuida-se de princípio constitucional, corolário do próprio Estado de Direito, que veda o excesso e o abuso; c) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito consiste na avaliação dos direitos ou interesses em jogo para dar prevalência aos valores que informam a

necessidade foi expressamente consagrado pela regra da menor onerosidade da execução do art. 805, caput, CPC, segundo o qual: "quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.". Este dispositivo se aplica à efetivação da tutela provisória. Quando o requerido alegar que o meio de efetivação apontado pelo requerente ou pelo juiz é excessivamente oneroso, deve cooperar com os demais sujeitos processuais, indicando "outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados" (art. 805, parágrafo único, CPC).

A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante qualquer medida idônea para asseguarção do direito, como, por exemplo: arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem. Assim, ao contrário do revogado CPC/1973, o CPC/2015 não mais prevê procedimentos especiais para determinadas medidas cautelares típicas, limitando-se a prever, em seu art. 301, o poder geral de cautela do juiz e um rol exemplificativo de formas de efetivação da tutela cautelar²²²⁻²²³. Contudo, tal poder está

ordem jurídica; d) a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser criteriosa para evitar que o subjetivismo comprometa o resultado alcançado". Para um aprofundamento sobre postulado normativo da proporcionalidade, recomendamos a leitura, das seguintes páginas da mesma obra: 289-295 e 365-366; além dos seguintes trabalhos: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218-246; ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 182-198; e ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 95-103, 116-120, 130-135, 141-144, 166-176, 291-301, 321-340, 348-364, 372-376, 384-392, 429-432, 554-559, 587-611. O postulado normativo da proporcionalidade é expressamente consagrado pelo art. 2º, Lei 9.784/1999 e pelo art. 489, §2º, CPC, que, ao tratar do dever de fundamentação das decisões judiciais, estabelece que: "No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão."

²²² FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 31, do FPPC: "O poder geral de cautela está mantido no CPC de 2015".

²²³ CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 159, sustenta que: "As medidas cautelares são deferidas com base em um poder cautelar geral do juiz, não havendo no CPC (diferentemente do que se via na tradição do direito brasileiro desde suas origens lusitanas) a previsão de medidas cautelares específicas mas, tão somente, do poder genericamente atribuído ao magistrado de deferir medidas cautelares. É o que se verifica pela interpretação do art. 301, segundo o qual "[a] tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante [qualquer medida] idônea para asseguarção do direito" (*rectius*, da efetividade do processo). Há, no aludido dispositivo, uma enumeração meramente exemplificativa de medidas cautelares (arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem), mas isto não afasta o acerto do que acaba de ser dito: o sistema processual brasileiro contenta-se com a atribuição, ao juiz, de um poder cautelar geral [...].". No mesmo sentido, GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2015, p. 853, observa que: "Conforme CPC, poderá a cautelar ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem ou qualquer outra medida idônea e proporcional para asseguarção do direito. Tem-se, portanto, um rol exemplificativo de medidas cautelares. Mormente porque foi substituída a regra geral da tipicidade das

sujeito aos limites da razoabilidade/proporcionalidade (art. 5º, LV, CRFB/1988), da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/1988), da legalidade (art. 5º, II, CRFB/1988)²²⁴ e da provisoriedade²²⁵.

cautelares CPC/1973 pelo modelo da atipicidade das cautelares, deferíveis com base no poder geral de cautela do juiz (artigos 297 e 300 CPC). Não existem mais cautelares típicas no bojo CPC, se não algumas poucas medidas que dantes aparentavam natureza cautelar, mas agora são tratadas, adequadamente, no âmbito do direito probatório (artigos 381 e 382 CPC)". Ainda DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 2017, p. 855: "O Código de 2015 não desce, como descia seu antecessor com relação às medidas cautelares, à tipificação de cada uma delas, enumerando-as e ditando pormenores sobre sua admissibilidade e o procedimento a ser adotado em cada uma. Disciplinava pormenorizadamente o arresto, o sequestro, a busca e apreensão, a produção antecipada de provas etc., o que agora não é feito. Ao dispor sobre as tutelas cautelares, limita-se o Código vigente a dispor que "a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito" (art. 301) – apresentando, como se vê, uma mera exemplificação não taxativa dessas medidas e deixando seu trato procedimental por conta das regras gerais contidas nos arts. 305 a 310. Está eliminada do sistema brasileiro a distinção entre medidas cautelares típicas, ou nominadas, e as atípicas, ou inominadas, com o quê se favorece a melhor fluência operacional das tutelas provisórias, sem as preocupações conceituais antes em voga - ou seja, sem as dificuldades, que antes surgiam com alguma frequência, decorrentes da má escolha de uma tutela típica, a dano da efetividade da tutela jurisdicional. O sistema vigente consagra um poder geral de antecipação da tutela jurisdicional e um poder geral de cautela, apenas exemplificando com algumas medidas cautelares típicas, como se vê do art. 301 do Código de Processo Civil."

²²⁴ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 315-316, jul./ dez. 2014. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em: 11 jun. 2015, considerava o seguinte a acerca do poder geral de cautela no então Projeto CPC: "As medidas cautelares inominadas passam a constituir a regra geral e não mais admitidas apenas em caráter subsidiário das medidas cautelares típicas, como parecia pretender o legislador de 1973, acobertadas pela norma ampla do artigo 298, que faculta ao juiz 'determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória'. Mantenho aqui a minha preocupação de que esse "cheque em branco" que o legislador confere ao juiz na tutela provisória possa contrariar o princípio da legalidade, constituindo-se em instrumento arbitrário de intervenção estatal nas relações privadas. Não tenho a mesma preocupação com a tutela antecipada, de urgência ou de evidência, porque apesar do teor do art. 298, o pedido final, por ela antecipado, sempre terá suporte no ordenamento jurídico. Quanto à tutela provisória cautelar, apesar da amplitude do enunciado do artigo 298, parece-me que esteja sujeita a dois limites intransponíveis: o primeiro é a dignidade humana; o segundo é a impossibilidade de adotar cautelarmente provimento que não poderia ser adotado através de um provimento definitivo. A dignidade humana é um limite intransponível porque tanto o Estado quanto os particulares têm de respeitá-la. Por outro lado, o juiz não pode decretar medidas de intervenção ou de restrição na liberdade e nos direitos fundamentais dos indivíduos para assegurar o resultado útil do processo que ele não estivesse legalmente autorizado a adotar, porque ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei (Constituição, art. 5º, II). O poder cautelar geral também não se presta a impedir que a parte contrária ingresse em juízo com ação ou execução ou a obstar a eficácia da sentença transitada em julgado, salvo nos limites Lei (art. 981)".

²²⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 533: "Grande inovação no sistema, operada em 2015, consiste na extinção do processo cautelar como processo autônomo e de todos os procedimentos cautelares específicos, não obstante as modalidades de tutela cautelar continuarem a existir, quer pelo poder geral de cautela do juiz (art. 5º, XXXV da CF), quer por menções esporádicas, como no próprio art. 301. O poder geral de cautela do juiz deve ser compreendido como um poder-dever, no sentido de que o magistrado se utilizará de meios aptos a obter o resultado pretendido, sendo a proteção que deve fornecer a determinada situação impositiva. Contudo, esse poder geral de cautela, amplo e não restrito a casos predeterminados, não é arbitrário. Sua primeira limitação é a necessidade, pois somente demonstrada a presença dos requisitos e presente a necessidade do provimento, dentro dos objetivos próprios da tutela de urgência, é que ela deve ser deferida. Ademais, a medida não deve transpor os limites que caracterizam sua natureza provisória, não podendo ser mais do que o pedido do requerente. A nova Lei, assim, vem operar maior flexibilidade nas maneiras de implementação da tutela cautelar. O Código de 1973 trazia uma relação de diversos procedimentos cautelares específicos. A lógica se justificava, na medida em que havia a previsão de um

O arresto tem por fim tornar indisponíveis bens do réu de valor equivalente ao do crédito do autor, antes do cumprimento da sentença ou da execução de título executivo extrajudicial, de modo a garantir que estes não sejam alienados antes da penhora. Em outras palavras, tem por objetivo evitar a fraude à execução (art. 792, CPC). Esta medida cautelar se resolve em penhora quando a demanda principal é julgada procedente. As regras referentes à penhora se aplicam ao arresto. Assim, os bens impenhoráveis não podem ser arrestados. O arresto também pode ser concedido a requerimento de credor de obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa, uma vez que estas obrigações podem ser eventualmente convertidas em seu equivalente pecuniário. A referida medida cautelar cessa: pelo pagamento, pela novação, ou pela transação²²⁶.

O juiz pode, a pedido da parte, ordenar o sequestro de bens imóveis, móveis ou semoventes, quando houver disputa sobre a sua posse ou propriedade, com o fim de evitar prováveis rixas ou danos às referidas coisas. Também pode determinar o sequestro de rendimentos e frutos de imóvel reivindicando, se o demandado, após ter sido condenado em sentença ainda não transitada em julgado, os estiver dilapidando. Pode ainda decretar o sequestro dos bens comuns dos conjugues, nas ações de anulação de casamento, divórcio

processo cautelar autônomo. O CPC não mais traz essa dinâmica, mas reconhece as medidas cautelares que podem ser deferidas no curso do processo de conhecimento ou do processo de execução.”.

²²⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 535-536: “O arresto é um procedimento cautelar típico, voltado a assegurar resultado útil de execução por quantia certa contra devedor solvente. Considerando que a finalidade da prestação da tutela jurisdicional executiva é a satisfação do credor, através da expropriação de prestações que tenham natureza pecuniária ou que se devam converter em pecúnia, essa medida cautelar visa evitar que a dissipação do patrimônio do executado comprometa o crédito do exequente. Dessa forma, o arresto objetiva tornar indisponíveis bens, em valor suficiente, de modo a assegurar a futura realização de créditos monetários ou de outras prestações que devam se converter em pecuniárias. No arresto, menor relevância têm os bens apreendidos, bastando que se prestem a ser executados em futura execução. A relevância para o arresto é, portanto, que as prestações tenham natureza pecuniária ou possam se converter em pecúnia. Incluem-se como passíveis de arresto até mesmo as obrigações de fazer, de não fazer ou de entregar coisa que deva se converter em perdas e danos, por serem futuramente tratadas como pecuniárias. A tendência do arresto é, de modo geral, converter-se em penhora, de modo a viabilizar a ulterior efetivação do crédito monetário. Os bens arrestáveis devem ser passíveis de penhora, de modo a viabilizar o crédito. O arresto deve, então, observar as mesmas disposições da penhora, o que abrange a observância dos atos relativos à sua documentação, ao depósito dos bens arrestados e, inclusive, quanto à possibilidade de se fazer um arresto on-line. A medida pode ser requerida não necessariamente pelo credor, mas por qualquer pessoa que alegue ser titular de relação jurídica que consista, natural ou incidentalmente, em obrigação de pagar quantia certa. No polo passivo, estará o suposto devedor da obrigação, podendo também figurar nessa condição os fiadores, os avalistas do devedor e, ainda, o terceiro responsável por dívida alheia. O registro dos bens arrestados na matrícula do bem resguarda os interesses do requerente do arresto contra possível adquirente de boa-fé do bem. Não havendo o registro, caberá ao credor a prova da má-fé do adquirente, a fim de induzir fraude à execução no negócio jurídico, mantendo-se a utilidade do arresto. O arresto será convertido em penhora quando julgada procedente a ação principal, em que for reconhecido o direito ao crédito reclamado pelo autor, título este que habilitará a execução por quantia certa em face do devedor. O arresto cessa quando houver causa extintiva da dívida na obrigação principal.”. Os artigos 813 a 821, CPC/1973, expressamente revogado pelo CPC, podem servir de guia para a aplicação do arresto na vigência do atual CPC, no que não contrariarem qualquer dispositivo deste. A nosso ver, o legislador CPC deveria ter regrado o arresto de forma mais pormenorizada, a despeito de ter extinguido o processo exclusivamente cautelar.

direto, ou de separação judicial, quando uma das partes os estiver dissipando. O mesmo pode ser dito dos bens comuns dos companheiros nas ações de reconhecimento e dissolução de união estável. Esta medida cautelar também pode ser determinada em qualquer outro caso expressamente previsto em lei. O juiz deve nomear a pessoa a qual caberá o depósito dos bens sujeitos ao sequestro, atendendo, quando possível, ao eventual acordo das partes quanto ao depositário. O magistrado também pode depositar os bens sequestrados em mãos da parte que revelar melhores condições de se desincumbir do encargo, desde que esta preste caução suficiente²²⁷.

A busca e apreensão pode se referir a pessoas incapazes ou a coisas. Assim, o juiz pode, por exemplo, determinar a busca e apreensão de prova documental ou de coisa a ser periciada, em sede de tutela provisória cautelar requerida em caráter antecedente (arts. 305 a 310, CPC). A busca e apreensão prevista no art. 538, CPC, que disciplina o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de entregar coisa, não tem natureza cautelar, por ser definitiva. O requerente deve expor as razões pelas quais tem conhecimento do local onde está situada a coisa ou a pessoa a ser buscada e apreendida, bem como os elementos que evidenciam a probabilidade do direito e “o risco ao resultado útil do processo”. Se a busca e apreensão for deferida, deverá conter: a assinatura do magistrado que concedeu a medida; o endereço do imóvel ou as coordenadas do local no qual a diligência deve ser efetuada; e a descrição da coisa ou da pessoa buscada, bem como a destinação que lhe deve ser conferida²²⁸.

²²⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 536, observa que: “O sequestro relaciona-se com a obrigação de dar coisa, enquanto o arresto vincula-se às obrigações de pagamento de quantia. O objetivo de tal medida é garantir a guarda e a conservação de coisas determinadas enquanto o credor aguarda o instante oportuno para a sua execução, tratando-se de perspectiva de obter um resultado útil em outro processo. Dessa forma, enquanto o arresto visa à proteção do crédito, incidindo sobre bem do devedor, já que sua finalidade é viabilizar ulterior penhora, o sequestro objetiva a proteção de determinado bem, que pode até mesmo ser de propriedade ou posse discutíveis. O receio de danificação, de perda ou de extravio de determinados bens, devidamente identificados, dá margem ao sequestro, para a conservação até ulterior deliberação jurisdicional.” Os artigos 822 a 825, CPC/1973, expressamente revogado pelo CPC, podem servir de guia para a aplicação do sequestro na vigência do atual CPC, no que não contrariarem qualquer dispositivo deste. A nosso ver, o legislador CPC deveria ter regrado o sequestro de forma mais pormenorizada, a despeito de ter extinguido o processo exclusivamente cautelar.

²²⁸ Em sentido parcialmente diverso, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 536, defende que: “A busca e apreensão é vista como uma medida híbrida, uma vez que pode assumir as vestes de uma verdadeira providência cautelar ou de uma medida sumária com inegável viés executivo, como a que se dá na execução para entrega de coisa. A busca e apreensão é uma forma assumida por diversos mecanismos judiciais de apreensão e remoção de bens e pessoas, para diversas finalidades. Sua disciplina é de uma providência utilizada toda vez que for necessária a busca e desapossamento de certo bem ou de certa pessoa, independentemente do direito que constitui a base dessa pretensão, já que o que se pretende aqui é localizar o objeto de apreensão. A busca e apreensão pode ser de pessoas ou de coisas, devendo o pedido conter indícios do lugar onde a pessoa ou a coisa a ser buscada e apreendida possa estar. Se concedida a tutela, será expedido mandado, que deverá conter o local da diligência, a

Qualquer pessoa que tenha interesse na conservação de determinados bens pode requerer o arrolamento desses, quando houver. Havendo necessidade de identificar quais coisas são detidas ou possuídas pelo requerido e o estado destas, bem como indícios de fatos que produzam o temor de dilapidação ou extravio das mencionadas coisas, o juízo determinará o seu arrolamento. O requerente deve expor, em sua petição inicial, o seu direito sobre os bens, assim como os fatos que fundamentam o referido receio. O depositário, nomeado pelo juiz, deve descrever cada bem, de forma minuciosa, bem como registrar todos os acontecimentos que digam respeito à conservação das coisas arroladas, em auto por ele lavrado. Quando o arrolamento não puder ser imediatamente efetuado, ou se não puder ser concluído no mesmo dia no qual foi iniciado, o oficial de justiça deve lacrar os bens imóveis ou móveis em que estejam situadas as coisas a serem arroladas, bem como designar dia para a continuação da diligência²²⁹.

5.6 A aplicação das normas do cumprimento provisório da sentença à efetivação da tutela provisória no mandado de segurança

As normas referentes ao cumprimento provisório da sentença devem ser observadas na efetivação da tutela provisória, no que couber (art. 297, parágrafo único, CPC). Por outro lado, uma vez concedida, a tutela provisória de obrigação de fazer, não fazer ou de dar é imediatamente efetivada, independentemente de pedido da parte interessada. Assim, tendo em vista o disposto no art. 520, I, CPC, o requerente da tutela provisória desses tipos de obrigação responde objetivamente por eventuais danos causados pela efetivação desta, caso a decisão interlocutória que a concedeu venha a ser reformada. Já o cumprimento provisório da

descrição da coisa ou pessoa procurada e seu destino, bem como a assinatura do juiz do qual emanar a ordem.”. Os artigos 839 a 843, CPC/1973, expressamente revogado pelo CPC, podem servir de guia para a aplicação da busca e apreensão na vigência do atual CPC, no que não contrariarem qualquer dispositivo deste. A nosso ver, o legislador CPC deveria ter regrado a busca e apreensão de forma geral e mais pormenorizada, a despeito de ter extinguido o processo exclusivamente cautelar.

²²⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 537, observa que: “A finalidade do arrolamento é a documentação da existência e do estado dos bens, sempre que houver receio de seu extravio ou dissipação. A medida não se confunde com o sequestro, uma vez que o arrolamento pressupõe o desconhecimento dos bens cuja conservação se pretende. O arrolamento objetiva, em primeiro lugar, identificar os bens no patrimônio do réu para só depois conservá-los. Na petição inicial, o autor deve expor seu direito aos bens que pretende ver arrolados, devendo haver ameaça fundada de extravio ou dissipação deles, a fim de que o juiz verifique a legitimidade do autor para formular o pedido.”. Os artigos 855 a 860, CPC/1973, expressamente revogado pelo CPC, podem servir de guia para a aplicação do arrolamento de bens na vigência do atual CPC, no que não contrariarem qualquer dispositivo deste. A nosso ver, o legislador CPC deveria ter regrado o arrolamento de bens de forma mais pormenorizada, a despeito de ter extinguido o processo exclusivamente cautelar.

decisão interlocutória de mérito que concede tutela provisória de obrigação de pagar quantia, depende de pedido expresso da parte interessada, respondendo esta objetivamente pelos prejuízos porventura decorrentes da execução provisória, caso esta decisão venha a ser revogada ou modificada. A revogabilidade da medida provisória e a responsabilidade objetiva de seu beneficiário pelos danos eventualmente provocados pelo seu cumprimento são contrapesos à sumariedade da cognição em que se baseia a decisão que a concede. Como a cognição sumária somente pode conduzir a um juízo de probabilidade do direito e a certeza acerca deste só pode ser obtida por meio da cognição exaustiva existente na sentença, eventuais elementos de prova, supervenientemente juntados ao processo, podem afetar a convicção do juiz, levando à revogação ou à modificação da tutela provisória anteriormente concedida²³⁰.

²³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 2017, p. 852, 867-869: “A provisoriedade de tais medidas [provisórias] é um contrapeso ao risco das decisões tomadas sem essa certeza - dispondo expressamente o Código de Processo Civil que ‘a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada’ (art. 296). Outro contrapeso a esse risco é a responsabilidade objetiva do beneficiário das medidas provisórias, quando a efetivação destas houver causado algum prejuízo ao adversário. [...] Constitui também um fator de equilíbrio no sistema das tutelas provisórias a serem concedidas com fundamento em uma simples probabilidade emergente de uma cognição sumária a imputação de uma responsabilidade civil objetiva ao beneficiário dessa tutela. Pelo disposto no art. 302 e seus incisos, sempre que por algum motivo o seu direito ao bem da vida pretendido não venha a ser reconhecido como existente, ele “responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa”. É pacífico em doutrina e jurisprudência que essa responsabilidade independe do elemento subjetivo da culpa ou dolo ou da má-fé daquele que houver postulado e obtido a medida urgente – sendo, pois, uma responsabilidade objetiva. Responderá o beneficiário da medida tanto pelas despesas que o adversário houver feito para cumprir o que esta houver determinado quanto pelas diminuições patrimoniais que houver suportado, pela recomposição do status quo ante em caso de alterações por ela impostas etc. São quatro as hipóteses ali consideradas. Improcedência da demanda ou extinção do processo sem julgamento do mérito. Sendo vencido pelo mérito o beneficiário da medida provisória, isso significa que ou o beneficiário não era titular do direito que veio ajuízo postular, ou não tinha direito a um provimento de mérito relacionado com tal direito – de modo que a esfera jurídica do adversário foi atingida inutilmente, por iniciativa sua. Nessas hipóteses o direito ao ressarcimento tem vida somente a partir da sentença desfavorável, de modo que só então a verba ressarcitória poderá ser exigida. Inércia do beneficiário. Pelo disposto no inc. II do art. 302, responde o beneficiário no caso de, “obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de cinco dias”. Não fornecer os meios necessários não significa somente custear a citação, mas omitir a iniciativa indicada no art. 303, § 1º, inc. I, consistente em aditar a petição com os elementos ali indicados. Essa hipótese aplica-se com exclusividade à tutela antecipada antecedente, porque no tocante à tutela cautelar incide o inc. III e a tutela da evidência sequer se admite em caráter antecedente. Cessaçãõ da eficácia da medida. Dispondo esse inc. III que o beneficiário responderá civilmente por prejuízos causados quando “ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal”, com isso mostra-se necessário interpretá-lo à luz de cada uma das hipóteses de extinção dessa eficácia (supra, n. 1.500). Se a tutela antecipada vier a ser revogada, se a demanda principal não houver sido proposta no prazo legal etc., os prejuízos causados por sua efetivação correrão por conta do beneficiário. E óbvio que, cessando a eficácia da medida provisória em virtude da prolação de uma sentença julgando procedente a demanda principal, tal responsabilidade não existirá. Prescrição ou decadência. Também nessas hipóteses de extinção de direitos o juiz proferirá uma sentença desfavorável ao beneficiário da medida, de modo que as hipóteses do inc. IV do art. 302 estão inteiramente contidas em seu inc. I (decisão desfavorável). Ao dispor que nesses casos em princípio “a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida”, o par. do art. 302 está fixando a prevenção do juiz da causa, o qual portanto será competente para essa liquidação. Esta será feita por arbitramento ou pelo procedimento comum, conforme o caso (art. 509, incs. I-II). E claro que quando o encontro

Mas, se, por um lado, a responsabilidade civil pressupõe nexo de causalidade entre a atividade da parte e o dano, por outro não pode haver enriquecimento sem causa. Assim, a parte incapaz beneficiada por tutela provisória concedida de ofício deve indenizar a outra, tão somente, pelo eventual benefício econômico decorrente da fruição do bem da vida durante o processo, ressalvada a irrepetibilidade dos alimentos. Outros danos provocados à contraparte devem ser suportados pelo Estado²³¹⁻²³².

do valor pecuniário devido depender da realização de simples cálculos aritméticos nenhuma liquidação será necessária e terá desde logo início a execução (art. 509, § 1º).”.

²³¹ De acordo com o art. 143, CPC, o juiz somente responderá civilmente por dano decorrente de sua atividade, regressivamente, se tiver agido com dolo ou fraude. Assim, a pessoa que sofreu o dano deverá acionar o Estado e este somente terá direito de regresso contra o juiz se este houver procedido com dolo ou fraude.

²³² Em sentido semelhante, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 594, defende que: “a efetivação da tutela provisória dá-se sob responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for cassada ou reformada a decisão. Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos, se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a sua concessão, exatamente porque, assim, conscientemente assume o risco de ter de reparar a outra parte, se restar vencida no processo.”.

6 TUTELA DE URGÊNCIA NO MANDADO DE SEGURANÇA

A tutela provisória de urgência pode ter natureza antecipada (satisfativa) ou cautelar²³³. O CPC diferencia a tutela cautelar da antecipada em vários de seus dispositivos. Assim, o art. 300, §3º, veda, unicamente, a tutela antecipada irreversível e não a cautelar que tenha esta característica. Já o art. 304 permite a estabilização somente da tutela antecipada. Além disso, o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente é disciplinado pelos arts. 303 e 304, ao passo que aquele da tutela cautelar requerida em caráter antecedente é regrado, de forma distinta, pelos arts. 305 a 310²³⁴.

O art. 301, CPC, deixa claro que a tutela cautelar tem como características a referibilidade e a instrumentalidade em relação à tutela definitiva ao citar exemplos de medidas cautelares com tais características²³⁵. Ao contrário do que impropriamente ocorria no CPC/1973, não há, no CPC/2015, qualquer exemplo de medida cautelar satisfativa²³⁶.

O deferimento da tutela de urgência, seja cautelar, seja antecipada, exige a demonstração do *fumus boni iuris* – denominado “probabilidade do direito” pelo art. 300, CPC – e do *periculum in mora*, consubstanciado no “perigo de dano” ao direito material pleiteado pela parte, no caso da tutela provisória de natureza antecipada, ou no “risco ao resultado útil do processo”, no caso daquela de natureza cautelar²³⁷.

O art. 300, CPC deixou claro que o *standard* probatório necessário para a concessão da tutela provisória de urgência de natureza antecipada é o mesmo exigido para a outorga daquela de natureza cautelar, ou seja, que a mesma prova capaz de justificar esta, também é

²³³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 594.

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 69.

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 69.

²³⁶ Exemplo de medida cautelar satisfativa, no CPC/1973, eram os alimentos provisionais, cujo procedimento especial era disciplinado pelos arts. 852 a 854 daquele Código. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 352.

²³⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 594. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 533: “Como segundo requisito, além dos elementos que evidenciem a probabilidade do direito, o requerente da concessão de tutela de urgência deverá demonstrar em juízo que há o perigo de que, em não sendo esta concedida, ocorra um dano irreparável ou de difícil reparação. O perigo de dano deve correlacionar-se também com a ideia de impossibilidade, em momento posterior, do cumprimento da obrigação, ou, ainda, com a própria inutilidade de procedência do provimento.”

apta a fundamentar aquela. Nos dois casos, a decisão se baseará em cognição sumária que levará à formação de um juízo de probabilidade²³⁸.

A tutela de urgência, quer seja cautelar, quer seja antecipada, pode ser requerida em caráter antecedente, isto é, antes da apresentação do pedido principal, ou em caráter incidental, isto é, na mesma petição em que formulado o pedido principal (art. 308, §1º, CPC), ou em momento posterior, o que somente poderá ocorrer caso o *periculum in mora* ou o seu meio de prova venham a surgir após a apresentação do pedido principal.

Embora o art. 5º, LV, CRFB/1988 e o art. 9º, caput, CPC estabeleçam o contraditório prévio como regra, a garantia do acesso à justiça determina a concessão liminar da tutela de urgência, a requerimento do autor, sempre que o perigo da demora o exigir. Por esta razão, o art. 9º, parágrafo único, I, CPC, autoriza o juiz a conceder a tutela de urgência antes da citação

²³⁸ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 143: “A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”. “O enunciado foi formulado com base na versão da Câmara dos Deputados, aprovada em 26.03.2014; na versão final CPC-2015, a redação do dispositivo foi alterada. Na redação, final, o termo “tutela antecipada”, tal como constava da versão da Câmara, foi substituído por ‘tutela provisória’; de outro lado, o termo ‘satisfativa’, que constava da versão da Câmara, foi substituído por ‘antecipada’. Na versão final, a redação final do art. 300 ficou bem distinta da redação da Câmara”. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 157, observa que: “O nível de profundidade da cognição a ser desenvolvida pelo juiz para proferir a decisão acerca do requerimento de tutela de urgência é sempre o mesmo, seja a medida postulada de natureza cautelar ou satisfativa. Tanto num caso como no outro deve a decisão ser apoiada em cognição sumária, a qual leva à prolação de decisão baseada em juízo de probabilidade (*fumus boni iuris*). O que distingue os casos de cabimento da tutela de urgência cautelar daqueles em que cabível a tutela de urgência satisfativa é o tipo de situação de perigo existente: havendo risco de que a demora do processo produza dano ao direito material, será cabível a tutela de urgência satisfativa; existindo risco de que da demora do processo resulte dano para sua efetividade, caberá tutela de urgência cautelar.”. Ainda no mesmo sentido, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 532-533: “Ao adotar como requisito a probabilidade do direito, o legislador de 2015 abrandou o rigor exigido até então pelo Código de 1973, cujo art. 273, caput, exigia prova inequívoca da verossimilhança da alegação. Tão logo criado o instituto, em 1994, muitos autores buscaram interpretar o que seriam a verossimilhança e a prova inequívoca, já que a primeira corresponde a uma probabilidade, e a segunda se refere a algo decorrente de certeza. Nesse passo, assegurou-se que a prova inequívoca da verossimilhança deveria dizer respeito ao fato que fundamenta o pedido. Em seguida, foi estabelecida uma espécie de graduação, segundo a qual existiriam diversos níveis do juízo de probabilidade e, dessa forma, em um dos extremos, estaria a prova bastante convincente; no outro extremo, estaria a simples fumaça do direito alegado. Assim, o juízo de verossimilhança fundado em prova inequívoca deveria compor o referido extremo mais convincente. Já a fumaça de direito alegado (*fumus boni iuris*) seria suficiente para o processo cautelar (o qual não mais se encontra previsto no ordenamento pátrio), mas não para a antecipação dos efeitos da tutela. Afirmar verossimil, portanto, versaria sobre fato com aparência de verdadeiro, e prova inequívoca significaria grau mais intenso de probabilidade do direito, implicando em juízo cognitivo mais profundo do que o então exigido para a cautelar autônoma pelo art. 798, embora inferior à cognição plena e exauriente que antecede a tutela definitiva. Nessa graduação, a probabilidade, agora requisito para a concessão da tutela de urgência, estaria entre a fumaça do direito alegado e a verossimilhança. Seria, portanto, mais distante do juízo de certeza do que o antigo requisito. Caberá ao magistrado, diante do caso concreto, ponderar valores e informações que fomentem o requerimento de tutela de urgência e, sendo provável o direito alegado, conjugá-lo ao outro requisito que veremos a seguir, para conceder ou não a medida requerida.”.

do réu, quando o tempo necessário para a defesa prévia do demandado colocar em risco o direito material do autor ou o resultado útil do processo²³⁹.

A tutela provisória de urgência pode ser concedida em incidente de descon sideração da personalidade jurídica²⁴⁰, a despeito da suspensão do processo, determinada pelo art. 134, §3º, CPC.

A concessão “e a efetivação de tutela provisória de urgência” é possível “nos processos sobrestados por força do regime repetitivo”²⁴¹, “cuja competência será do órgão jurisdicional onde estiverem os autos”²⁴², tendo em vista o disposto no art. 982, §2º, CPC, *in verbis*: “durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso”²⁴³. Esta “norma decorre, naturalmente, do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República”. A parte ou o assistente simples pode ter pleiteado “a tutela de urgência [...] desde o início ou posteriormente, diante de um perigo que tenha surgido ou se acentuado ao longo do tempo, considerando a própria demora decorrente da suspensão do

²³⁹ CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 158-159, sustenta que: “A tutela de urgência pode ser deferida antes da oitiva da parte contrária (inaudita altera parte), liminarmente ou após a realização de uma audiência de justificação prévia (em que se permita ao demandante produzir prova oral destinada a demonstrar a presença dos requisitos de sua concessão). Tem-se, aqui, uma exceção ao princípio do contraditório, que exige debate prévio acerca do conteúdo das decisões capazes de afetar a esfera jurídica das pessoas, e que resulta do modelo constitucional de processo (art. 5º, LV, da Constituição da República) e constitui uma das normas fundamentais CPC (arts. 9º e 10). Tem-se, aqui, uma limitação inerente ao contraditório, o qual não pode ser transformado em um mecanismo obstativo do pleno acesso à justiça. Pois é exatamente por isto que o próprio CPC prevê expressamente a possibilidade de concessão de tutela provisória de urgência sem prévia oitiva da parte contra quem a decisão será proferida (art. 9º, parágrafo único, I). E é importante frisar que esta possibilidade de concessão inaudita altera parte da tutela provisória de urgência é perfeitamente compatível com o modelo constitucional de processo, já que o princípio constitucional do contraditório – como qualquer outro princípio – pode conhecer exceções que também tenham legitimidade constitucional, como se dá no caso em exame, em que a regra que autoriza a concessão liminar da tutela de urgência encontra guarida no princípio constitucional do acesso à justiça”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 533: “A tutela pode ser concedida sem manifestação prévia da outra parte, diferindo-se o contraditório, ou mediante justificação prévia, via audiência ou esclarecimentos da parte” (art. 300, § 2º, CPC).

²⁴⁰ BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. I Jornada de Direito Processual Civil. (Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017). Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2017: “Enunciado 42 – É cabível a concessão de tutela provisória de urgência em incidente de descon sideração da personalidade jurídica.”.

²⁴¹ Cf. arts. 982, I, § 3º, 1.029, §4º e 1.036, §1º, CPC.

²⁴² BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. I Jornada de Direito Processual Civil. (Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017). Enunciado 41. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2017.

²⁴³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, e-book, p. 113: “A suspensão dos processos representará a sustação de todos os atos processuais que não se enquadrem no âmbito da tutela de urgência, inclusive dos respectivos incidentes.”.

processo”. O interessado pode tê-la requerido, “originariamente, tanto perante o juízo de primeiro grau, quanto ao relator, no tribunal, que também poderá conhecê-la por força de recurso contra a decisão ou sentença proferida”²⁴⁴.

Os recursos especial e extraordinário interpostos contra a decisão de mérito no incidente de resolução de demandas repetitivas têm efeito suspensivo, para que casos análogos sejam tratados da mesma forma em todo o território nacional. Trata-se de exceção, pois, em regra, tais recursos não impedem a execução da decisão recorrida. Entretanto, a concessão, a pedido, de tutela de urgência pode retirar o mencionado efeito, de modo a permitir o cumprimento provisório da referida decisão²⁴⁵.

6.1 Perigo da demora

O art. 300, caput, CPC estabelece como requisito da tutela da urgência de natureza antecipada (satisfativa) o *periculum in mora*, isto é, o perigo que a demora na prestação jurisdicional, decorrente do procedimento comum, oferece à realização eficaz do direito material²⁴⁶.

A palavra "dano" utilizada pelo art. 300, caput, CPC deve ser interpretada de forma extensiva, de modo a abranger não somente o dano material ou moral, mas também qualquer ato ilícito, ainda que não resulte em dano. Em outras palavras, o perigo de prática ou de prosseguimento de ilícito, bem como o risco de continuação dos efeitos do ato ilícito já

²⁴⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, e-book, p. 190.

²⁴⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, e-book, p. 225: “Os recursos especial e extraordinário possuem efeito devolutivo, no sentido de que são apreciados, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, devolvendo-se o conhecimento dos aspectos relacionados ao direito federal infraconstitucional e constitucional em relação a cada um dos meios de impugnação mencionados. o fato de ser interposto contra a decisão de mérito proferida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não possui nenhuma peculiaridade especial. Importante notar que o art. 1.034, parágrafo único, já estabelece também espectro amplo para o efeito devolutivo quanto aos fundamentos, o que é de grande valia para a hipótese de demandas repetitivas, pois o que se pretende é que a apreciação seja ampla, em termos representativos, para que o julgamento da tese possa solucionar os casos nos quais a questão comum é levantada. A excepcionalidade fica por conta do efeito suspensivo, pois este inexistente como regra para estes recursos. A distinção é estabelecida para que a tese firmada no âmbito do tribunal local, regional ou estadual, possa ser sedimentada em definitivo no âmbito dos tribunais superiores, antes de ser aplicada, para que a isonomia seja preservada. Isso não impede, naturalmente, que nos casos em que houve a concessão de tutela de urgência os efeitos continuem a existir em razão da probabilidade do direito e do risco na demora.”

²⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 597.

praticado constituem o *periculum in mora* referido pelo art. 300, caput, CPC, como pressuposto da tutela provisória de urgência de natureza antecipada (satisfativa).

O art. 497, parágrafo único, CPC, autoriza o juiz a conceder, a pedido, tutela inibitória destinada a evitar a prática, o prosseguimento, ou a repetição de ilícito, independentemente da “demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”. Neste caso, o ilícito pode consistir: na comercialização de produto ou serviço que não atende às exigências do ordenamento jurídico brasileiro, na realização de atividade que infringe norma de Direito Ambiental, na publicação de matéria ofensiva a direito da personalidade, no uso não autorizado de marca comercial, etc. A tutela inibitória será efetivada por meio de uma *astreinte* que coagirá o réu a cumprir a obrigação de não fazer determinada pela decisão. Por outro lado, se o ilícito já foi praticado e somente seus efeitos práticos persistem, o referido dispositivo permite a concessão, a pedido, de tutela de remoção dos efeitos práticos deste. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz determina a busca e apreensão de produto que não atende às normas do Direito do Consumidor, ou fixa *astreinte* para que o réu remova lixo tóxico que depositou em local não autorizado pela legislação ambiental. Em qualquer destas ações, o juiz pode conceder tutela provisória de urgência de natureza antecipada (satisfativa) visando à inibição ou à remoção do ilícito²⁴⁷.

²⁴⁷ Segundo MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2015: "A tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento, e assim não se liga instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser dita “principal”. Trata-se de “ação de conhecimento” de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. A sua importância deriva do fato de que constitui ação de conhecimento que efetivamente pode inibir o ilícito. Dessa forma, distancia-se, em primeiro lugar, da ação cautelar, a qual é caracterizada por sua ligação com uma ação principal, e, depois, da ação declaratória, a qual já foi pensada como “preventiva”, ainda que destituída de mecanismos de execução realmente capazes de impedir o ilícito. [...] a ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não-patrimonial. [...] Se a ação inibitória se destina a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a ação de remoção do ilícito, como o próprio nome indica, dirige-se a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu. Esclareça-se que a ação inibitória, quando voltada a impedir a repetição do ilícito, tem por fim evitar a ocorrência de outro ilícito. Quando a ação inibitória objetiva inibir a continuação do ilícito, a tutela tem por escopo evitar o prosseguimento de um agir ou de uma atividade ilícita. Perceba-se que a ação inibitória somente cabe quando se teme um agir ou uma atividade. Ou melhor, a ação inibitória somente pode ser utilizada quando a providência jurisdicional for capaz de inibir o agir ou o seu prosseguimento, e não quando esse já houver sido praticado, estando presentes apenas os seus efeitos. Há diferença entre temer o prosseguimento de uma atividade ilícita e temer que os efeitos ilícitos de uma ação já praticada continuem a se propagar. Se o infrator já cometeu a ação cujos efeitos ilícitos permanecem, basta a remoção da situação de ilicitude. Nesse caso, ao contrário do que ocorre com a ação inibitória, o ilícito que se deseja atingir está no passado, e não no futuro. A dificuldade de se compreender a ação de remoção do ilícito advém da falta de distinção entre ato ilícito e dano. Quando se associa ilícito e dano, conclui-se que toda ação processual voltada contra o ilícito é ação ressarcitória ou de reparação do dano. Acontece que há ilícitos cujos efeitos se propagam no tempo, abrindo as portas para a produção de danos. Isso demonstra que o dano é uma consequência eventual do ilícito, mas que não há cabimento em ter que se esperar pelo dano para se poder invocar a prestação jurisdicional. A prática de ato contrário ao direito, como é óbvio, já é

O perigo de dano ou ilícito apto a justificar a tutela de urgência deve ser "concreto (certo)", isto é, não pode ser "hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte". Além disso, deve ser atual, ou seja, o dano ou ilícito deve estar na iminência de acontecer. Deve enfim ser grave, ou seja, deve haver uma média ou alta probabilidade de que determinado evento capaz de "prejudicar ou impedir a fruição do direito" venha a ocorrer²⁴⁸.

Quando a parte busca evitar a prática de ilícito por meio da tutela provisória de urgência de natureza antecipada, deve demonstrar ao juiz circunstâncias de fato que permitam concluir a iminência do ilícito. Já quando o requerente pretende evitar a reiteração de um ilícito que já foi praticado, deve demonstrar ao juiz o "caráter continuativo" deste, ou seja, que "o ilícito, por sua natureza prolongar-se-á no tempo"²⁴⁹.

O art. 300, CPC/2015, não exige que o dano ou ilícito a ser evitado ou cessado seja irreparável ou de difícil reparação, ao contrário do que fazia o CPC/1973, em seu art. 273, I. Assim, a tutela provisória de urgência de natureza antecipada é idônea a evitar ou a fazer cessar qualquer dano ou ilícito e não somente aquele cuja reparação é difícil ou impossível²⁵⁰. A inovação legal prestigia a garantia do acesso à justiça, compreendida como acesso ao direito material por meio do processo judicial²⁵¹.

6.2 Probabilidade do direito

O art. 300, caput, Lei 13.105/2015 erige o *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito, como requisito necessário à concessão da tutela provisória de urgência antecipada, denominando-o "probabilidade do direito"²⁵².

suficiente para colocar o processo civil em funcionamento, dando-lhe a possibilidade de remover o ilícito e, assim, de tutelar adequadamente os direitos e de realizar o desejo preventivo do direito material."

²⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 597.

²⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 597.

²⁵⁰ Em sentido contrário, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 597.

²⁵¹ WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna, In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-129.

²⁵² Segundo Fredie Didier Júnior, "a probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito)". DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 595.

A probabilidade do direito abrange tanto a plausibilidade fática, quanto a jurídica²⁵³.

O juiz julgará que a plausibilidade ou verossimilhança fática está presente quando considerar que, mesmo antes da instrução probatória, já existem nos autos provas que manifestem a probabilidade de que os fatos jurígenos narrados pelo autor ou reconvinte tenham realmente acontecido. A plausibilidade fática pode decorrer, ainda, da incontrovérsia, da notoriedade, da presunção²⁵⁴, ou do efeito positivo da coisa julgada²⁵⁵ sobre os fatos que fundamentam o pedido ou a reconvenção²⁵⁶.

Por outro lado, o magistrado considerará que há plausibilidade jurídica, quando estiver convencido de que os fatos alegados pelo autor ou reconvinte geram o direito subjetivo pleiteado. Ainda que logre provar a ocorrência dos fatos alegados, o autor não necessariamente terá seu pedido deferido - mesmo que de forma provisória - já que tais eventos podem não se subsumir à norma jurídica mencionada ou a qualquer outra em vigor. Por outro lado, ainda que os fatos alegados sejam devidamente provados e se subsumam à norma apontada como fundamento jurídico do pedido ou à qualquer outra vigente, os efeitos pretendidos podem não ter sido previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Neste caso, o pedido também será indeferido²⁵⁷.

²⁵³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 596.

²⁵⁴ Os fatos podem ser presumidos a partir de indícios, por meio de máximas de experiência.

²⁵⁵ O efeito positivo da coisa julgada ocorre quando a existência de determinados fatos já foi reconhecida por sentença que transitou em julgado antes do ajuizamento da ação. Neste caso, não será mais possível discutir a existência dos mencionados fatos.

²⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 596: "Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova. [...] o juízo de verossimilhança não decorre necessariamente de atos probatórios. [...] nem sempre a verossimilhança advirá da prova. Na forma do art. 300, CPC, basta que haja 'elementos que evidenciem a probabilidade' do direito. Poderá assentar-se, por exemplo, em fatos incontroversos, notórios ou presumidos (a partir de máximas de experiência, por exemplo), ou decorrentes de uma coisa julgada anterior, que serve como fundamento da pretensão (efeito positivo da coisa julgada)". Nesse mesmo sentido, CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**: exposição didática. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 32: "Muitas vezes, [...] a solução da lide independe do exame de prova, quer por serem incontestados os fatos (art. 334 do CPC), como ainda naqueles casos em que a discussão centraliza-se em matéria puramente de direito, como com frequência ocorre em matéria previdenciária ou tributária."

²⁵⁷ Fredie Didier Júnior define a plausibilidade jurídica como "a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos". O autor observa que: "a existência de prova não conduz necessariamente a juízo de verossimilhança e ao acolhimento do pedido; [...] nem sempre uma prova dos fatos implicará o acolhimento da pretensão - ainda que em caráter provisório. É o que se dá, por exemplo, quando os fatos, ainda que devidamente corroborados, não se sobsoem ao enunciado normativo invocado, ou, ainda que juridicizados, não geram os efeitos jurídicos desejados". DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 596.

A "probabilidade do direito" pode mesmo configurar alguma das hipóteses para as quais o art. 311, CPC autoriza a concessão da tutela da evidência. Assim, por exemplo, pode haver tese fixada em julgamento de casos repetitivos determinando o fornecimento gratuito, pelo Sistema Único de Saúde, de determinado medicamento, o que, por si só, autoriza a concessão de tutela provisória de evidência. Entretanto, o perigo da demora pode também estar presente no caso concreto, o que autorizaria o requerimento e a concessão da tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente. Assim, embora a tutela provisória de evidência somente possa ser requerida e concedida em caráter incidental, caso esteja presente, no caso concreto, o perigo da demora, o juízo pode conceder a tutela provisória de urgência antecipada antecedente, tendo em conta que o direito evidente é aquele cuja existência é extremamente provável.

O réu ou reconvinido pode lograr inverter a verossimilhança fática se trazer prova documental ou documentada suficiente de fato impeditivo (v. g. prescrição), extintivo (v. g. pagamento), ou modificativo (v. g. renúncia parcial) do direito da contraparte. Neste caso, o pedido de tutela provisória de urgência de natureza antecipada formulado pelo autor ou reconvinde será indeferido²⁵⁸.

Não existe diferença de grau quanto ao poder de convencimento da prova documental ou documentada necessário para a concessão liminar da tutela de urgência, seja no procedimento comum, seja no mandado de segurança. O juiz deve avaliar se, no caso concreto, as provas apresentadas são suficientes para evidenciar “a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, motivando de forma adequada a sua decisão. De qualquer forma, o órgão jurisdicional precisa fundamentar a postergação do exercício do contraditório e da ampla defesa da contraparte, com base no perigo da demora aferido no caso concreto²⁵⁹.

²⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 596.

²⁵⁹ Segundo Fredie Didier Júnior, "fazer uma mensuração exata da intensidade da verossimilhança necessária para concessão de tutela provisória de urgência CPC e da liminar em mandado de segurança - dizendo, por exemplo, que aquela é menos intensa e esta última, mais intensa -, parece artificial, tal como era artificial a diferenciação que se fazia no regime CPC-1973, entre a plausibilidade exigida para o deferimento da tutela cautelar e a verossimilhança exigida para o deferimento da tutela antecipada. O juiz não dispõe de um termômetro ou medidor preciso. Sua análise é casuística. O que importa é que, de uma forma geral, o juiz se convença suficientemente de que são prováveis as chances de vitória da parte e apresente claramente as razões da formação do seu convencimento". DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 596-597.

6.3 Reversibilidade da tutela provisória de urgência antecipada

O art. 300, §3º, CPC estabelece a reversibilidade dos efeitos da decisão como pressuposto da concessão da tutela provisória de urgência de natureza antecipada. Como esta se baseia em cognição sumária, podendo ser modificada ou revogada, deve haver a possibilidade, no primeiro caso, de alteração dos efeitos produzidos e, no segundo, de retorno ao *status quo ante*²⁶⁰. Assim, em regra, o juiz não pode conceder tutela provisória de urgência antecipada de efeitos irreversíveis, como a destruição de um documento ou a demolição de um edifício. Pode, contudo, conceder medidas que, embora não apontadas pelo requerente da cautela, sejam idôneas a acautelar o direito deste, como a interdição ao uso do prédio ou a custódia do documento em cartório²⁶¹.

Uma tutela satisfativa e irreversível seria definitiva e não provisória, razão pela qual não pode ser concedida sem que seja assegurado ao requerido o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, cuja postergação, "ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo"²⁶².

²⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 594 e 600.

²⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 853: "No tocante à tutela de natureza cautelar, que se projeta somente sobre o processo e nada altera na vida exterior dos litigantes [...], não se cogita da reversibilidade ou irreversibilidade – até porque, extinto o processo, desaparecem os efeitos da tutela cautelar eventualmente concedida em seu curso.". CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 157, sustenta que: "[...] não se admite tutela de urgência satisfativa que seja capaz de produzir efeitos irreversíveis (art. 300, § 3º). É que não se revela compatível com uma decisão baseada em cognição sumária (e que, por isso mesmo, é provisória) a produção de resultados definitivos, irreversíveis. Pense-se, por exemplo, em uma decisão concessiva de tutela provisória que determinasse a demolição de um edifício ou a destruição de um documento. Pois em casos assim é, a princípio, vedada a concessão da medida. Não se pode, porém, afastar a possibilidade de concessão de outra medida que, sem produzir efeitos irreversíveis, se revele adequada como ensejadora de tutela provisória (como seriam a interdição ao uso de um edifício ou a determinação de que um documento fique custodiado em cartório [...]).".

²⁶² ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 340. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 600. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 853: "É inerente à provisoriedade das tutelas apoiadas em mera probabilidade do direito (*fumus boni juris*) a proibição de conceder, a título de tutela provisória, medidas cujos efeitos não possam depois vir a ser desconstituídos. O Código de Processo Civil procura evitar a criação de situações definitivas, ou seja, irreversíveis, trazidas por medidas destinadas a não terem essa definitividade. Mas o que a propósito dispõe literalmente o Código é insuficiente para evitar essas situações desconfortáveis e inconvenientes, pois no § 3º de seu art. 300 ele dispõe somente que "a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão". Também a tutela da evidência, que substancialmente é uma tutela antecipada, não pode criar essa situação, e não só as de urgência – também as medidas urgentes concedidas em

Entretanto, "não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis" ²⁶³. "A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, CPC) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB)" ²⁶⁴.

A interpretação literal do art. 300, §3º, CPC, conduz à errada conclusão de que o risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão, por menor que seja, sempre impedirá a concessão da tutela de urgência de natureza antecipada. O problema já existia na vigência do art. 273, §2º, CPC/1973 e não foi sanado pelo CPC/2015. Este entendimento, contudo, viola a garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva, consagrada pelo art. 5º, XXXV, CRFB/1988. Não é possível reverter os fatos pretéritos e, tampouco, o exercício passado de um direito. A revogação da decisão interlocutória que concedeu a tutela de urgência somente pode modificar a situação fático-jurídica prospectivamente e estabelecer a responsabilidade pelo correspondente pecuniário dos efeitos já ocorridos. A jurisprudência e a doutrina interpretavam o art. 273, §2º, CPC/1973 no sentido de que o órgão jurisdicional deve proceder a "um juízo de ponderação entre o perigo de dano alegado pelo requerente e aquele a que ficaria sujeito o requerido caso concedida a medida de urgência". O art. 300, §3º, CPC/2015, deve ser interpretado com o mesmo temperamento ²⁶⁵, pois, se for levado às últimas consequências, inviabilizará o acesso do requerente ao seu direito material ²⁶⁶.

caráter incidente, porque não há razão alguma para distinguir entre umas e outras. Em todos esses casos, instituída uma situação irreversível, ter-se-ia uma consumação do exercício da jurisdição sem o pleno cumprimento das regras inerentes ao devido processo legal, sem que as partes pudessem exercer o seu direito à prova e sem a integral observância do contraditório. O § 3º do art. 300 deve portanto ser lido como portador de um veto geral a todas as tutelas provisórias portadoras de efeitos irreversíveis."

²⁶³ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 419.

²⁶⁴ ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Seminário - O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil: enunciados aprovados. Enunciado n.º 25. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2015. No mesmo sentido, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 533: "[...] havendo perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, a tutela de urgência antecipatória não será concedida" (art. 300, §3º, CPC). "Entretanto essa ideia não poder ser tomada em termos absolutos: Enunciado 25 da ENFAM: 'A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, CPC) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB)'. Enunciado 419 do FPPC: (art. 300, § 3º) 'Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis'."

²⁶⁵ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 296-330, jul./ dez. 2014. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em: 11 jun. 2015.

²⁶⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 533: "Impõe o legislador, como condição ao deferimento da medida, que a antecipação dos

Em alguns casos, os efeitos da tutela de urgência beneficiarão o requerente, mas também prejudicarão o requerido de forma irreversível. Entretanto, a concessão da tutela de urgência é fundamental para evitar um dano do requerente pior do que aquele que seria suportado pelo requerido. Assim, por exemplo, “não conceder a tutela provisória satisfativa (antecipada) para a efetivação do direito à saúde pode [...] muitas vezes, implicar a consequência irreversível da morte do demandante”, o que anulará seu direito fundamental à saúde e à vida, mas o seu deferimento provocará, tão somente, prejuízo financeiro ao plano de saúde réu²⁶⁷.

efeitos não seja irreversível, havendo possibilidade de retorno ao status quo. Contudo, o provimento nunca é irreversível, pois é provisório e revogável. O que é reversível são as consequências decorrentes da execução da medida. Alternativas possíveis ao requisito da reversibilidade são a indenização por perdas e danos e a caução. Todavia, em caráter absolutamente excepcional, quando os valores em jogo forem de grande relevância, valendo-se o intérprete do princípio da proporcionalidade, admite-se a utilização da técnica destinada à obtenção de tutelas sumárias e provisórias para a solução definitiva e irreversível de situações substanciais (o que, na realidade, deixa de ser antecipação provisória, assumindo o status de tutela final, ou seja, tutela sumária definitiva).”.

²⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODUM*, 2015, p. 600-601. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 157-158, sustenta que: "casos há em que, não obstante a vedação encontrada no texto normativo, será possível a concessão de tutela provisória urgente satisfativa que produza efeitos irreversíveis [...]. Basta pensar na fixação de alimentos provisórios (os quais, como sabido, são irrepitíveis), ou nos casos em que, através de tutela provisória de urgência, se autoriza a realização de intervenção cirúrgica ou o fornecimento de medicamento. É preciso, então, perceber a lógica por trás da regra que veda a concessão de tutela provisória satisfativa irreversível, o que permitirá compreender as exceções a ela. É que a vedação à concessão de tutela de urgência satisfativa irreversível resulta da necessidade de impedir que uma decisão provisória produza efeitos definitivos. Casos há, porém, em que se estará diante da situação conhecida como de irreversibilidade recíproca. Consiste isso na hipótese em que o juiz verifica que a concessão da medida produziria efeitos irreversíveis, mas sua denegação também teria efeitos irreversíveis. É o que se dá, por exemplo, no caso da fixação de alimentos provisórios. Neste caso, a concessão da medida produz efeitos irreversíveis (uma vez que se posteriormente se vier a constatar que não eram devidos alimentos, aqueles que tenham sido pagos não serão devolvidos, por força da incidência da regra da irrepitibilidade do indébito alimentar). De outro lado, porém, a denegação da medida produzirá efeitos irreversíveis sobre a própria subsistência do demandante, que afirma precisar da prestação alimentícia para prover seu sustento. Pois em casos assim (e em muitos outros, como o da tutela de urgência satisfativa que determina o fornecimento de medicamentos, caso em que a concessão produz efeitos irreversíveis, já que os medicamentos serão consumidos, mas também a denegação da medida produz efeitos irreversíveis, já que a pessoa que necessita do fornecimento gratuito de medicamentos pode até mesmo morrer se os não receber) cessa a vedação e passa a ser possível – desde que presentes os outros dois requisitos – a concessão da tutela de urgência satisfativa". Ainda no mesmo sentido, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 82-84: “Cumprir destacar e lamentar a excessiva prudência do legislador, proibindo a concessão da antecipação da tutela quando houver perigo, de irreversibilidade do provimento antecipado. É preciso entender e interpretar esse artigo com as devidas cautelas. Essa irreversibilidade, se não pode beneficiar o autor, também não pode beneficiar o réu. Em outras palavras, a falta da concessão da tutela, pelo perigo da irreversibilidade, não pode determinar, como contrapartida, na impossibilidade do autor de obter, ao final, por ocasião da sentença, o bem da vida, o direito material pleiteado. Assim, podemos concluir que o pedido de antecipação de determinados efeitos do futuro provimento possa ser atendido, ainda que de forma irreversível, na medida em que sua não concessão, ou a sua falta, possa acarretar, em função dos interesses em jogo, prejuízo igualmente irreversível e de maior monta para o autor. [...] Essas situações estão a indicar que é preciso fixar uma diretriz, que possa compreender todos esses; novos institutos, que em última análise servem para garantir o bem da vida e, portanto, a efetividade do processo e a rapidez. Essa diretriz, que assume especial relevo, repita-se, no campo dos direitos difusos e coletivos, poderia ser poderia ser consubstanciada em dois requisitos; o primeiro, a garantia de eficácia do futuro

Mesmo quando o direito alegado pelo réu equivale àquele alegado pelo autor, por serem ambos fundamentais ou de caráter meramente patrimonial, existe um conflito entre a garantia fundamental de acesso à justiça titularizada pelo requerente da tutela provisória de urgência antecipada, aqui compreendida como garantia de acesso ao direito material por meio do processo judicial²⁶⁸ e o direito fundamental à segurança jurídica titularizado pelo requerido. O legislador procedeu à ponderação entre a garantia fundamental do requerente e o direito fundamental do requerido e optou por prestigiar a primeira em detrimento do segundo, determinando que o juiz conceda a tutela da urgência desde que existam "elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo" (art. 300, caput, CPC) e que não haja "perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão" (art. 300, §3º, CPC). Assim, havendo nos autos elementos que evidenciem a probabilidade do direito do requerente, o juiz somente indeferirá a tutela provisória da urgência antecipada quando não for razoável, diante das circunstâncias do caso concreto, sacrificar direito fundamental do requerido, como quando o direito material perseguido pelo requerente, por meio do processo judicial, não for fundamental, mas meramente patrimonial. A decisão judicial que pondera "os valores em jogo, dando proteção àquele que, no caso concreto, tenha maior relevo [...] deve ser motivada, nos termos do art. 489, §2º, CPC"²⁶⁹.

O juízo pode reduzir o sacrifício da segurança jurídica do requerido, exigindo do requerente, como condição para a concessão da tutela provisória de urgência, "caução real ou

provimento: o segundo, que um dos interesses em jogo, pelo seu valor, possa determinar ou não a priorização do direito a ser garantido. É preciso deixar claro, neste momento, que não estamos falando no processo do autor, no sentido de que a garantia do bem da vida, do direito material em jogo, tenha por norte uma possível vitória do autor. Antes, a garantia de eficácia do provimento final sobre o qual comentamos vale tanto para o autor como também para o réu. Essa garantia assegura o bem da vida, o direito material ao vencedor, e, se possível, ao vencedor com razão.”. A mesma posição é sustentada por DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 583-584: “O Superior Tribunal de Justiça manda que a proibição de medidas irreversíveis seja imposta cum grano salis, autorizando sua concessão, p.ex., ‘quando estiver em jogo um valor igualmente caro ao ordenamento jurídico’ – como no caso de comando a dispensar ao interessado um tratamento médico de urgência, no qual a negativa da tutela poderá também ter um efeito irreversível e mais grave. Há também outras medidas de caráter irreversível que os tribunais concedem porque negá-las seria negar definitivamente a tutela jurisdicional a quem possa ter direito a ela. As mais conhecidas são as autorizações liminares concedidas ao pai para levar o filho em viagem ao exterior, contra a resistência da mãe. Ou o juiz autoriza naquele momento e mediante aquela cognição sumária ou jamais terá utilidade alguma o que vier a decidir. E, concedida a liminar e realizada a viagem, nada mais haverá a decidir, a conceder ou a revogar.”.

²⁶⁸ Cf. art. 5º, XXXV, CRFB/1988. Kazuo Watanabe denomina esta garantia de "direito de acesso à ordem jurídica justa". WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna, In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-129.

²⁶⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 601.

fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer"²⁷⁰. Caso o prejuízo para o requerido, decorrente da concessão da tutela provisória de urgência seja meramente patrimonial, a caução o tornará plenamente reversível. Contudo, o juízo deve dispensar a caução, caso o requerente não tenha condições econômicas de oferecê-la, pois a exigência de caução, neste caso, inviabilizaria o acesso do hipossuficiente ao seu direito material por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988 e art. 300, §1º, CPC)²⁷¹.

"As hipóteses de exigência de caução para a concessão de tutela provisória de urgência devem ser definidas à luz do art. 520, IV, CPC"²⁷². Assim, quando a concessão de tutela provisória de urgência implicar o levantamento de depósito em dinheiro ou a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, o juiz deve exigir que o requerente preste caução suficiente e idônea, que deve ser arbitrada de plano pelo magistrado e prestada nos próprios autos, tendo em vista o disposto nos arts. 297, parágrafo único, 300, §1º, e 520, IV, CPC.

"A possibilidade de dispensa de caução para a concessão de tutela provisória de urgência, prevista no art. 300, §1º, deve ser avaliada à luz das hipóteses do art. 521"²⁷³, CPC. Assim, a caução poderá ser dispensada: se "o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem"; ou se "o credor demonstrar situação de necessidade"; ou se "pender o agravo do art. 1.042, CPC"; ou se "a sentença a ser provisoriamente cumprida

²⁷⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 601.

²⁷¹ CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 158, sustenta que: "A concessão de tutela de urgência – em qualquer de suas modalidades – exigirá a prestação de uma caução de contracautela, que pode ser real ou fidejussória, a fim de proteger a parte contrária contra o risco de que venha a sofrer danos indevidos (art. 300, § 1º). Trata-se de medida destinada a acautelar contra o assim chamado *periculum in mora* inverso, isto é, o perigo de que o demandado sofra, em razão da demora do processo, um dano de difícil ou impossível reparação (que só será identificado quando se verificar que, não obstante provável, o direito do demandante na verdade não existia). Deve-se, porém, dispensar a caução de contracautela nos casos em que o demandante, por ser economicamente hipossuficiente, não puder oferecê-la (art. 300, § 1º, parte final). Afinal, não se pode criar obstáculo econômico ao acesso à justiça, que não é garantido só aos fortes economicamente, mas é assegurado universalmente". PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 533: "Pode o juiz, para" conceder a tutela provisória de urgência, "exigir caução real ou fidejussória apta ao ressarcimento de eventuais danos que a contraparte possa sofrer com a efetivação da tutela, sendo dispensável nos casos de hipossuficiência econômica da parte, garantindo-lhe o acesso à justiça (art. 300, § 1º).".

²⁷² FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 497.

²⁷³ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 498.

estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos". Entretanto, "a exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação" (art. 521, CPC).

Em determinados casos, nos quais a garantia fundamental de acesso à ordem jurídica justa conflita com o direito fundamental à segurança jurídica, somente um deles preponderará, com o total "sacrifício do outro". É o que ocorre quando o juízo federal determina a liberação de produtos perecíveis retidos na alfândega para exame sanitário²⁷⁴.

A sentença de mérito, baseada em cognição exauriente, que vier a cassar a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) reversível, concedida com base em cognição sumária, determinará o retorno das partes ao *status quo ante* ou o cumprimento da obrigação de fazer ou de dar coisa correspondente. Assim, por exemplo, caso o juízo tenha determinado, por decisão interlocutória, que a guarda unilateral de filho incapaz ficaria com o pai, sobrevindo sentença de mérito que determine que a guarda unilateral ficará com a mãe, que já a exercia de fato antes da disputa, porque, tendo em consideração as provas dos autos, somente esta reúne as condições necessárias para desempenhá-la, determinará que o pai entregue o filho à mãe. Por outro lado, caso a sentença de mérito venha a cassar a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) irreversível, ante a impossibilidade de retorno ao *status quo ante* (tutela específica), determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, ou não sendo isto possível, condenará a parte vencida, outrora beneficiada pela tutela provisória, a indenizar os danos materiais ou morais que a efetivação desta tenha, porventura, provocado à parte vitoriosa²⁷⁵. A caução a que se refere o art. 300, §1º, CPC, acaso tenha sido exigida, será utilizada para o pagamento desta indenização.

²⁷⁴ Teori Albino Zavaski aduz que: "Na Justiça federal, por exemplo, não são incomuns pedidos para liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por alguma razão (greve dos servidores, por exemplo), não é realizado. Nesses casos, a concessão liminar da tutela pedida compromete irremediavelmente o direito à segurança jurídica a que faz jus o demandado (liberada e comercializada a mercadoria, já não há que se falar em seu exame fitossanitário); seu indeferimento torna letra morta o direito à efetividade do processo, porque deteriorando-se o produto, inútil será sua posterior liberação. Em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não pela vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas. *Ad impossibilia nemo tenetur*. Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito. A decisão que tomar, em tais circunstâncias, é, no plano dos fatos, mais que antecipação provisória; é concessão ou denegação de tutela em caráter definitivo". ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 98.

²⁷⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2015, p. 854-855.

A Lei 8.437/1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, estabelece, em seu art. 1º, §3º, que “Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”. Apesar de obscuro, o dispositivo traz a mesma regra do art. 300, §3º, CPC. Assim, todos os comentários feitos em relação a este parágrafo são válidos para aquele²⁷⁶.

O art. 1º, §3º, Lei 8.437/1992, não impede a concessão de liminar satisfativa no mandado de segurança²⁷⁷ ou em qualquer outro procedimento. Não obstante, como sua redação confusa dá margem a esta interpretação equivocada, como verificado em algumas decisões judiciais²⁷⁸, recomendamos a revogação do dispositivo, até porque a regra geral do art. 300, §3º, CPC, continuaria em vigor.

Lei 8.437/1992	Proposta de alteração da Lei 8.437/1992
Art. 1º [...] §3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.	Art. 1º, §3º Revogado.

²⁷⁶ A respeito do art. 1º, §3º, Lei 8.437/1992, FUX, Luiz. **O Novo microssistema legislativo das liminares contra o poder público**. Revista de direito Renovar, Rio de Janeiro, n. 29, p. 13-32, maio/ago. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/858>>. Acesso em: 20 abr. 2017: “A hipótese é o esvaziamento da ação principal, cautelar ou satisfativa, contra o poder público, extirpando o interesse de agir em prosseguir no processo por força de provimento satisfativo irreversível. A vedação, como é possível se entrever evidente, pode frustrar o dever de prestar jurisdição, consagrado constitucionalmente, por isso que a regra deve ser interpretada cum granu salis, posto, apesar de considerada constitucional pelo STF, restou recomendada a sua exegese à luz da valoração de interesses em jogo em cada caso, notadamente os direitos fundamentais, como tem ocorrido nas liminares de proteção imediata à vida e à saúde do povo.”.

²⁷⁷ CÂMARA, Alexandre A. F. F.. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 162.

²⁷⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. rel. Des. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, 6ª Turma, j. 02/09/2002. Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em: 22 abr. 2017. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. LIBERAÇÃO DE SALDO DE CONTA VINCULADA AO FGTS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 29-B, Lei 8.036/90, INTRODUZIDO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.197-43 E ART. 1º, § 3º Lei 8.437/92. 1. Segundo o disposto no art. 29-B Lei 8.036/90, introduzido pela Medida Provisória nº 2.197-43/2001, é expressamente vedada a concessão de medida liminar que implique saque ou movimentação da conta vinculada no FGTS. 2. A concessão de medida dessa natureza, que esgota o próprio objeto da ação, encontra óbice no parágrafo 3º do art. 1º Lei 8.437/92, salvo em caso de possibilidade de dano de difícil reparação, em que o princípio do acesso irrestrito ao Poder Judiciário justifica o deferimento da liminar (CF, art. 5º, XXXV). 2. Agravo a que se nega provimento”.

6.4 A responsabilidade objetiva do requerente pela efetivação da tutela provisória de urgência

O cumprimento forçado da decisão que concede a tutela de urgência pode gerar dano injusto para o requerido, pois a referida deliberação se baseia em cognição sumária. Além disso, “a efetivação da tutela provisória” deve seguir “as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.” (art. 297, parágrafo único, CPC). Por tais razões, o requerente responde objetivamente “pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa”, “independentemente da reparação por dano processual”, causado, por exemplo, por litigância de má-fé, se: a sentença de mérito, baseada em cognição exauriente, lhe for desfavorável; caso deixe de “fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de” cinco dias, a contar da intimação da decisão liminar de concessão da tutela em caráter antecedente; se “ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal”; ou caso o juiz venha a “acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor”. “A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível” (art. 302, CPC)²⁷⁹.

²⁷⁹ Segundo Fernando Gajardoni: “A responsabilidade civil do requerente da tutela de urgência é objetiva, de modo que ele responde pelos danos causados pela efetivação da medida, independentemente da prova de dolo ou culpa. Basta que o prejudicado prove a efetivação da tutela de urgência, o dano e o nexo de causalidade entre ela e o dano, para fins de recebimento da indenização. 1.2. De acordo com o artigo 302 CPC – que em linhas gerais repete o artigo 811 CPC/1973 –, isto se dá quando: (a) a sentença final for desfavorável ao requerente da medida; (b) obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, o autor não forneça os meios necessários para a citação do adverso em cinco dias (artigo 306, CPC); (c) ocorrer a cessão da eficácia da medida em qualquer hipótese legal (artigo 309, CPC); e (d) tenha sido acolhida a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor ao final. 1.3. Trata-se de rol não exaustivo. Há outras hipóteses que acarretam responsabilização civil, como no caso em que a tutela de urgência efetivada é cassada no próprio curso do processo (artigo 296 CPC, in fine), e não ao final como consta no artigo 302, I, CPC) (STJ, REsp 193.366/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, julgado em 29.03.2005).” GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. 1. ed. São Paulo: Forense, 2015, p. 887. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 159 e 362, entende que: “Por ser baseada em cognição sumária (e, por esta razão, ser provisória), a decisão concessiva de tutela de urgência pode gerar para a parte contrária dano indevido. Assim, e independentemente da responsabilidade por dano processual (resultante, por exemplo, da configuração da litigância de má-fé), responde o requerente pela lesão que indevidamente o demandado tenha sofrido em razão da efetivação da tutela de urgência em alguns casos expressamente previstos em lei (art. 302). O primeiro desses casos é o de vir a sentença a ser desfavorável ao requerente da tutela de urgência (art. 302, I). Assim, constatado – em cognição mais profunda – que o demandante efetivamente não tinha o direito alegado (e que, em um exame menos profundo da causa, pareceu ser provável), deverá ele responder pelos danos suportados pelo demandado. Esta hipótese engloba outra, que a rigor sequer precisava estar expressamente prevista: a do caso em que o juiz reconhece a prescrição ou a decadência (art. 302, IV). Responde também o demandante no caso de a medida de urgência ser deferida em caráter liminar e o demandante não fornecer os meios necessários para a citação do requerido (como, por exemplo, recolher as custas ou fornecer o endereço em que a citação deveria ser realizada) no prazo de cinco dias (art. 302, II). Também responde o requerente da medida se ocorrer a cessação de sua eficácia, em qualquer hipótese legal (como se dá nos casos previstos no art. 309), conforme estabelece o art. 302, III. Em todos esses casos, a indenização a ser paga ao demandado será liquidada nos mesmos autos em que a medida de urgência tiver sido

"Efetivada a tutela de urgência e, posteriormente, sendo o processo extinto sem resolução do mérito e sem estabilização da tutela, será possível fase de liquidação para fins de responsabilização civil do requerente da medida e apuração de danos"²⁸⁰.

6.5 A estabilização prevista pelo art. 304, CPC, e sua aplicação à liminar do mandado de segurança

A tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto agravo de instrumento (arts. 304, caput, e 1.015, I, CPC). O requerido terá interesse em recorrer caso a tutela antecipada tenha sido deferida no todo ou em parte. Por outro lado, haverá interesse recursal do requerente se a tutela antecipada tiver sido deferida aquém ou em termos diversos do pleiteado.

concedida (art. 302, parágrafo único – o qual estabelece que a liquidação será feita nos mesmos autos ‘sempre que possível’, mas em qualquer caso esta possibilidade existirá)". Ao comentar o cumprimento provisório de sentença, cujas normas se aplicam à efetivação da tutela provisória, o mesmo autor afirma que: “a atividade executiva se desenvolve sob a responsabilidade do exequente, o qual terá de indenizar os danos indevidamente suportados pelo executado se a decisão que serve de título executivo vier a ser reformada (ou anulada). Essa obrigação de reparar danos, registre-se, é objetiva, independentemente de culpa do exequente para configurar-se.”. Em sentido parcialmente diverso, entendendo que a responsabilidade pela efetivação da tutela provisória é subjetiva nas hipóteses dos incisos I e IV, do art. 302, CPC e objetiva, nos casos dos incisos II e III, CPC, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1.: Teoria Geral do Processo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 537. MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 188: “É verdade que há responsabilidade objetiva no caso da não promoção da citação, uma vez obtida a liminar cautelar (art. 302, II), e em determinados casos de cessação da eficácia da medida (arts. 302, III). Nesses casos, a parte interessada não tem de alegar e provar dolo ou culpa da parte que deu azo ao dano injusto por ela experimentado. Todavia, não é possível reconhecer a existência de responsabilidade objetiva quando a parte logra obter antecipação da tutela – seja cautelar, seja satisfativa – e posteriormente o pedido final é julgado definitivamente improcedente. Fazê-lo importaria apagar a existência de um efetivo juízo de cognição sumária sobre a probabilidade de existência do direito. Se a tutela sumária é necessária e devida, conforme a apreciação sumária do juízo, torná-la posteriormente indevida e atribuir responsabilidade objetiva pela sua fruição implica ignorar a efetiva existência da decisão que anteriormente a concedeu. Em outras palavras, significa desconsiderar o juízo sumário, como se nunca houvesse existido, apagando-o retroativamente. É claro que o juiz pode considerar inexistente o direito antes reconhecido como provável. Não pode, contudo, apagar a existência do juízo sumário. O juízo exauriente substitui o juízo sumário, mas não apaga a sua existência. Nesses casos, a responsabilidade civil pela fruição da antecipação da tutela depende da alegação e prova de dolo ou culpa. Vale dizer: é subjetiva, e não objetiva. Em outras palavras, é preciso deixar claro que o art. 302, I, CPC, não incide quando a parte logra obter regularmente antecipação de tutela e essa é simplesmente revogada na sentença ou em outro provimento posterior definitivo das instâncias recursais. Na verdade, a responsabilidade objetiva em caso de sentença de improcedência só existe se a antecipação de tutela é obtida de forma injustificada, isto é, com violação à ordem jurídica (por exemplo, com base em prova falsa).⁸⁴ Aliás, é exatamente nessa hipótese que o direito alemão prevê responsabilidade objetiva – apenas quando a providência antecipada pode ser considerada “injustificada desde o início” (“*von Anfang an ungerechtfertigt*”, § 945, ZPO) é que há responsabilidade objetiva no caso de antecipação de tutela revogada posteriormente pela sentença.”.

²⁸⁰ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 499.

Caso o requerente tenha formulado mais de um pedido de tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, o indeferimento de um deles não obstará a estabilização daqueles que houverem sido deferidos, desde que não venha a ser interposto agravo de instrumento contra estes pelo requerido.

As partes podem convencionar que o agravo de instrumento interposto contra a decisão interlocutória que concedeu a tutela provisória de urgência antecipada antecedente não terá efeito suspensivo, mas, tão somente, devolutivo, vinculando, dessa forma, o relator²⁸¹.

"Não cabe estabilização de tutela cautelar"²⁸², mas, tão somente, de tutela antecipada²⁸³. Assim, somente a liminar em mandado de segurança de natureza antecipada (satisfativa) pode se estabilizar, mas não aquela de natureza cautelar. Da mesma forma, a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa), concedida no processo do mandado de segurança, após a intimação da autoridade coatora para prestar informações, pode se estabilizar; mas a tutela provisória de urgência cautelar, concedida no processo do mandado de segurança, após a intimação da autoridade coatora para prestar informações, não pode se estabilizar.

Embora a concessão de tutela provisória, no âmbito da ação rescisória, impeça o cumprimento da sentença rescindenda (art. 969, CPC), “não cabe estabilização de tutela antecipada em ação rescisória”²⁸⁴.

²⁸¹ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 32: “(Art. 304) Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente. (Grupo: Tutela Antecipada; redação revista no V FPPC-Vitória)”. “O enunciado foi formulado com base na versão da Câmara dos Deputados, aprovada em 26.03.2014; na versão final CPC-2015, a redação do dispositivo foi alterada. Na redação, final, o termo 'tutela antecipada', tal como constava da versão da Câmara, foi substituído por 'tutela provisória'; de outro lado, o termo 'satisfativa', que constava da versão da Câmara, foi substituído por 'antecipada'”.

²⁸² FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 420.

²⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 512.

²⁸⁴ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 421. No mesmo sentido, BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. I Jornada de Direito Processual Civil. (Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017). Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2017. Enunciado 43: “Não ocorre a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, quando deferida em ação rescisória.”.

"O regime da estabilização da tutela antecipada antecedente aplica-se aos alimentos provisórios previstos no art. 4º, Lei 5.478/1968, observado o §1º do art. 13 da mesma lei"²⁸⁵.

Se nenhuma das partes e, tampouco, terceiro interessado impugnar a decisão interlocutória de mérito que concedeu a tutela provisória de urgência antecipada antecedente no prazo do recurso cabível, o juiz extinguirá o processo sem resolução do mérito através de uma sentença terminativa (art. 304, §1º, CPC)²⁸⁶. Além disso, a referida decisão interlocutória é proferida com base em cognição sumária. Por estas razões, embora a decisão concessiva da tutela provisória de urgência antecipada antecedente se torne estável, a mesma não faz coisa julgada material. Ora, salvo disposição legal expressa em contrário, somente a decisão judicial baseada em cognição exauriente produz coisa julgada material. A estabilidade incide sobre os efeitos desta decisão, mas não sobre o seu conteúdo. Assim, a parte beneficiada pela decisão não poderá extrair dela um efeito positivo de coisa julgada sobre a questão de mérito, que sempre poderá ser discutida em outro processo, visando à produção de outros efeitos. Qualquer das partes ou mesmo terceiro interessado pode ajuizar ação visando a rever, reformar ou invalidar a tutela provisória de urgência antecipada antecedente estabilizada, dentro do prazo decadencial de dois anos, contado da ciência da sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito (art. 304 §§2º e 5º, CPC). Após o transcurso deste prazo, não caberá qualquer ação para alterar os efeitos estabilizados da decisão concessiva da tutela provisória de urgência antecipada antecedente. Assim, apesar de ter decidido o mérito esta decisão não poderá ser impugnada por ação rescisória, mesmo após o decurso do prazo de

²⁸⁵ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 03 set. 2017. Enunciado n.º 500. O art. 4º, Lei 5.478/1968 estabelece que: "Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita. Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor". Já o art. 13, §1º, da mesma lei dispõe que: "Os alimentos provisórios fixados na inicial poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, mas o pedido será sempre processado em apartado". BRASIL. Lei 5.478, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.

²⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. v. 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 223, aduz que: "Não concedida a tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará o aditamento da petição inicial em até cinco dias. Não sendo aditada, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 6.º)". Em sentido contrário, MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 145: "No Código, o meio que dispõe o réu de evitar a estabilização da antecipação da tutela é a interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 304, caput). Não interposto o agravo, estabiliza-se a decisão e o processo deve ser extinto (art. 304, § 1º) – obviamente com resolução do mérito favorável ao demandante. A decisão provisória projetará seus efeitos para fora do processo (art. 304, § 3º)".

dois anos a que se refere o art. 304, §5º, CPC²⁸⁷. De fato, caso se considerasse cabível a ação rescisória, o sujeito prejudicado pela decisão interlocutória de mérito concessiva da tutela

²⁸⁷ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 33: "não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência". No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 612-613, defendem que: "A estabilização da tutela satisfativa não se confunde com a coisa julgada. Em primeiro lugar, não se pode dizer que houve julgamento ou declaração suficiente para a coisa julgada. O juiz concedeu a tutela provisória e, diante da inércia do réu, o legislador houve por bem determinar a extinção do processo sem resolução do mérito, preservando os efeitos da decisão provisória. Além disso, após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles - a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada. Não houve reconhecimento judicial do direito do autor. O autor não poderá, por exemplo, com base nessa decisão, pretender extrair dela uma espécie de efeito positivo da coisa julgada. Esta é uma estabilidade processual distinta da coisa julgada, embora também com eficácia para fora do processo [...]. Exatamente por isso, não caberá ação rescisória da decisão que concede a tutela provisória, mesmo após os dois anos para ajuizamento da ação a que se refere o §5º do art. 304. [...] por expressa previsão legal, a coisa julgada não se estende à questão prejudicial incidental no caso de revelia (art. 503, §1º, II, CPC) - exatamente a situação de que se trata". Integrando a mesma corrente, CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 161-162, observa que: "concedida a tutela de urgência satisfativa nos termos do art. 303 (isto é, com base em uma petição inicial incompleta em razão da extrema urgência existente ao tempo da propositura da demanda) e não tendo o réu interposto recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada, esta se tornará estável, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito (art. 304, § 1º). A decisão concessiva da tutela de urgência estável não faz coisa julgada (isto é, não se torna imutável e indiscutível), como estabelece expressamente o art. 304, § 6º, o que é consequência inexorável do fato de ter sido ela proferida com apoio em cognição sumária e não em cognição exauriente (sendo esta essencial para que a decisão judicial alcance a autoridade de coisa julgada). Seus efeitos, porém, se tornam estáveis e só podem ser afastados por decisão judicial que a desconstitua, proferida em demanda proposta por alguma das partes em face da outra (art. 304, § 3º e § 6º, in fine). Não havendo formação de coisa julgada, não se admite, em hipótese, alguma, a "ação rescisória" como mecanismo de impugnação da decisão que tenha declarado estabilizada a tutela antecipada (FPPC, enunciado 33). Uma vez estabilizada a tutela satisfativa de urgência, então, será possível a qualquer das partes ajuizar, em face da outra, demanda com o fim de obter a revisão, reforma ou invalidação da decisão concessiva da tutela antecipada estável (art. 304, § 2º). Só no caso de vir a ser proposta esta demanda é que será possível a revogação dos efeitos da tutela antecipada estável, devendo este novo processo tramitar perante o mesmo juízo em que se desenvolveu o processo no qual fora deferida a tutela antecipada que se estabilizou (art. 304, § 4º, parte final), o qual terá competência funcional para conhecer da demanda de desconstituição da tutela antecipada estável. O direito à desconstituição da tutela antecipada estável se sujeita a um prazo decadencial de dois anos, devendo o prazo ser contado a partir da ciência da decisão que extinguiu o processo no qual foi deferida a tutela antecipada que se tenha estabilizado (art. 304, § 5º). Trata-se de prazo decadencial, o que atrai toda a regulamentação da decadência prevista no Código Civil.". Ainda no mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 242-246, sustenta que: "É certo que a decisão que concede a tutela que se estabiliza não fica acobertada pela coisa julgada material. O § 6º do art. 304 diz expressamente que "a decisão que concede a tutela" não faz coisa julgada. Admitir a estabilização da tutela antecipada, portanto, significa apenas aceitar que os efeitos exauridos da tutela e os efeitos processuais que ainda podem ser produzidos para o seu integral alcance não podem ser questionados sem a propositura da ação de reforma ou de invalidação da tutela. [...] No direito brasileiro, o § 3º do art. 304 afirma que 'a tutela antecipada conservará seus efeitos', enquanto que o § 6º do mesmo artigo esclarece que 'a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada'. A tutela antecipada, após a extinção do processo, conserva os seus efeitos executivos. Melhor dizendo, após a extinção do processo há estabilização da tutela, ou seja, exatamente a conservação dos seus efeitos executivos e dos seus efeitos materiais exauridos. Isso significa claramente que à estabilização da tutela não pode ser atribuído qualquer efeito preclusivo próprio à coisa julgada. O direito afirmado provável ou a questão jurídica decidida com base em cognição sumária podem voltar a ser discutidos pelo demandado em qualquer processo. O art. 304 quis apenas advertir que, para pretender a invalidação ou a reforma da específica tutela concedida, o réu deve propor ação de revisão no prazo de dois anos. Entretanto, existe o problema do significado do § 5º do art.

provisória de urgência antecipada antecedente estabilizada disporia, para impugná-la por meio de ação, do dobro do prazo de que dispõe uma pessoa prejudicada por uma sentença definitiva, pois, além do prazo de dois anos concedido pelo art. 304, §5º, CPC, teria mais dois anos para interpor a ação rescisória.

Importa ressaltar, entretanto, a existência de corrente doutrinária, da qual discordamos, no sentido de que, após o decurso do prazo do art. 304, §5º, CPC, a decisão interlocutória de mérito que concedeu a tutela provisória de urgência antecipada antecedente faz coisa julgada material²⁸⁸.

304 ou, mais precisamente, da extinção do direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada. A impossibilidade de se pedir a revisão da decisão que concedeu a tutela antecipada para reformá-la ou invalidá-la nada tem a ver com coisa julgada. Ora, se o legislador optou por não atribuir à decisão que concede a tutela que se estabiliza a qualidade de coisa julgada material, certamente em virtude da precariedade da cognição que está à sua base, não há razão para supor que o decurso do prazo para o exercício do direito de revê-la tenha a força de conferir à decisão não revista a autoridade de coisa julgada material. É certo que a coisa julgada material, em certos limites, é uma questão de política legislativa. É também verdade que a coisa julgada material não decorre, necessariamente, da plena e exauriente discussão do direito decidido. Ocorre que o legislador, além de ter dito que a decisão que concede a tutela não produz coisa julgada, afirmou que o exaurimento do prazo de dois anos para a propositura da ação de revisão simplesmente extingue ‘o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada’. Ora, não ter mais direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada não significa não poder mais discutir o direito que foi suposto como provável para se conceder a tutela. Este direito pode ser rediscutido em qualquer processo, desde que não para reformar ou invalidar a tutela antecipada. Lembre-se que o art. 503, § 1º, do Código de Processo Civil, diz expressamente que – em determinadas condições – a decisão de questão prejudicial produz coisa julgada. É claro que, no caso de tutela de antecipada, não há ‘contraditório prévio e efetivo’ (art. 503, § 1º, II, CPC), razão pela qual este contraditório obviamente não poderia ser exigido em caso de tutela estabilizada que faria precluir a discussão de questão prejudicial decidida com base em cognição sumária. Mais claramente: a fluência do prazo de dois anos, caso gerasse coisa julgada, também impediria a discussão da questão prejudicial, não importando a falta de contraditório prévio e efetivo. Contudo, como a passagem do prazo de dois anos para o exercício do direito de revisão da tutela estabilizada não faz surgir coisa julgada, a questão jurídica decidida enquanto prejudicial à concessão da tutela não só pode voltar a ser analisada enquanto pedido ou mesmo como questão prejudicial à formulação de pedido em ação de cognição exauriente, como também pode permitir decisão inversa ou contrária sem que se possa falar em violação de coisa julgada. Assim, por exemplo, se a decisão que concedeu a tutela que se estabilizou afirmou com base em cognição sumária a responsabilidade contratual do demandado, nada impede que se chegue à conclusão, diante de outro pedido formulado pelo autor contra o demandado, que não existe a responsabilidade contratual antes admitida como provável. Realmente, se a norma simplesmente afirma que o prazo de dois anos extingue o direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada, não cabe pensar em qualquer efeito preclusivo próprio à coisa julgada. Há somente impedimento de rever a tutela do direito material, seja para reformar, extirpar ou remover os efeitos concretos da tutela que já se exauriu, seja eventualmente para paralisar a sua eficácia executiva. Note-se, aliás, que a procedência do pedido de revisão gera não apenas a reforma ou a invalidação da tutela, mas também pode levar à determinação de restituição ao estado anterior e/ou ao ressarcimento, aplicando-se o art. 520, I e II, do Código de Processo Civil”. Também menciona este entendimento, BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*. Disponível em: <www.judicium.it>. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 45-53.

²⁸⁸ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 296-330, jul./ dez. 2014. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em: 11 jun. 2015: "passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência o direito de propor a ação revocatória (§5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada. Parece-me evidente que esse prazo de decadência não se aplica às sentenças determinativas, quais sejam aquelas que dispõem sobre relações jurídicas continuativas, se tiver havido modificação do estado de fato ou de direito (art. 516, I)". REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de processo**, São Paulo: RT, v. 40, n. 244, p. 167-194, jun. 2015: "quando o réu não apresenta impugnação e a tutela se estabiliza gerando a extinção do

Existe, ainda o entendimento de que após o decurso do prazo do art. 304, §5º, CPC, a decisão interlocutória de mérito faria coisa soberanamente julgada, não podendo, portanto, ser modificada ou revogada por uma ação principal de mérito, nem ser objeto de uma ação rescisória²⁸⁹.

Uma outra corrente doutrinária, com a qual também não concordamos, sustenta que a parte interessada pode ajuizar uma ação principal de mérito, visando à obtenção da tutela definitiva, idônea a fazer coisa julgada material, do mesmo direito material (bem da vida) que foi amparado pela tutela provisória de urgência antecipada antecedente, mesmo após o decurso do prazo do art. 304, §5º, CPC, sendo os prazos de prescrição e decadência deste direito material os únicos limites temporais existentes para o ajuizamento deste tipo de ação²⁹⁰.

processo, o §1º do art. 304 não menciona a natureza da sentença, se terminativa (sem resolução do mérito) ou definitiva (com resolução do mérito). [...] Nossa primeira impressão é a de que a extinção do processo deve-se operar com resolução do mérito. Afinal, sentença terminativa (art. 485) é decisão que extingue o processo em razão de vício processual insuperável e, por consequência, deveria gerar o encerramento dos efeitos da decisão que concedeu a tutela antecedente. Ocorre que, no caso do art. 304, inexistente qualquer vício processual que macule a relação processual, tampouco devem ser prolongados. Por essas razões, a sentença que extingue o processo e mantém os efeitos da tutela antecipada antecedente deve ser definitiva (art. 487), já que o direito material foi anteriormente reconhecido ao autor (na decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente que veio a estabilizar-se) e o pedido foi integralmente acolhido (não obstante a tutela ter sido deferida, na decisão interlocutória anterior, com base em cognição não-exauriente e ainda ser possível a eventual modificação dos efeitos da tutela). A capitulação da sentença extintiva deve indicar o inciso I do art. 487, e não o art. 485. Não há qualquer empecilho em se reconhecer que se trata de sentença definitiva apesar de a mesma ser incapaz de gerar, de imediato, coisa julgada material. Afinal, há regra excepcional clara e expressa esclarecendo que, durante o lapso de 02 anos (art. 304, §5º), não haverá formação imediata de coisa julgada, apesar de proferida sentença (que como dissemos, é definitiva). Como se sabe, cabe à lei definir o momento em que ocorre o trânsito em julgado e, nesse caso, o art. 304 houve por bem considerá-lo como ocorrido após o esgotamento do biênio sem a propositura da ação de modificação". Também menciona este entendimento, BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*. Disponível em: <www.judicium.it>. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 41-45.

²⁸⁹ SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao Novo CPC: da tutela da evidência e da tutela satisfativa última parte. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 39, v. 235, p. 187, set. 2014, defende que: "Se não for proposta a demanda prevista no § 2º do art. 305 do Projeto do novo CPC no prazo de dois anos a contar da ciência do arquivamento dos autos, a estabilidade da tutela antecipada concedida tornar-se-á definitiva, não podendo mais ser objeto de reanálise, nem mesmo de ação rescisória. Poder-se-á dizer que a tutela estará albergada pela coisa soberanamente julgada."

²⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 242-246: "É certo que a decisão que concede a tutela que se estabiliza não fica acobertada pela coisa julgada material. O §6º do art. 304 diz expressamente que 'a decisão que concede a tutela' não faz coisa julgada. Admitir a estabilização da tutela antecipada, portanto, significa apenas aceitar que os efeitos exauridos da tutela e os efeitos processuais que ainda podem ser produzidos para o seu integral alcance não podem ser questionados sem a propositura da ação de reforma ou de invalidação da tutela. [...] No direito brasileiro, o § 3º do art. 304 afirma que 'a tutela antecipada conservará seus efeitos', enquanto que o § 6º do mesmo artigo esclarece que 'a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada'. A tutela antecipada, após a extinção do processo, conserva os seus efeitos executivos. Melhor dizendo, após a extinção do processo há estabilização da tutela, ou seja, exatamente a conservação dos seus efeitos executivos e dos seus efeitos materiais exauridos. Isso significa claramente que a estabilização da tutela não pode ser atribuído qualquer efeito preclusivo próprio à coisa julgada. O direito afirmado provável ou a questão jurídica

decidida com base em cognição sumária podem voltar a ser discutidos pelo demandado em qualquer processo. O art. 304 quis apenas advertir que, para pretender a invalidação ou a reforma da específica tutela concedida, o réu deve propor ação de revisão no prazo de dois anos. Entretanto, existe o problema do significado do §5º do art. 304 ou, mais precisamente, da extinção do direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada. A impossibilidade de se pedir a revisão da decisão que concedeu a tutela antecipada para reformá-la ou invalidá-la nada tem a ver com coisa julgada. Ora, se o legislador optou por não atribuir à decisão que concede a tutela que se estabiliza a qualidade de coisa julgada material, certamente em virtude da precariedade da cognição que está à sua base, não há razão para supor que o decurso do prazo para o exercício do direito de revê-la tenha a força de conferir à decisão não revista a autoridade de coisa julgada material. É certo que a coisa julgada material, em certos limites, é uma questão de política legislativa. É também verdade que a coisa julgada material não decorre, necessariamente, da plena e exauriente discussão do direito decidido. Ocorre que o legislador, além de ter dito que a decisão que concede a tutela não produz coisa julgada, afirmou que o exaurimento do prazo de dois anos para a propositura da ação de revisão simplesmente extingue ‘o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada’. Ora, não ter mais direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada não significa não poder mais discutir o direito que foi suposto como provável para se conceder a tutela. Este direito pode ser rediscutido em qualquer processo, desde que não para reformar ou invalidar a tutela antecipada. Lembre-se que o art. 503, § 1º, do Código de Processo Civil, diz expressamente que – em determinadas condições – a decisão de questão prejudicial produz coisa julgada. É claro que, no caso de tutela de antecipada, não há ‘contraditório prévio e efetivo’ (art. 503, § 1º, II, CPC), razão pela qual este contraditório obviamente não poderia ser exigido em caso de tutela estabilizada que faria precluir a discussão de questão prejudicial decidida com base em cognição sumária. Mais claramente: a fluência do prazo de dois anos, caso gerasse coisa julgada, também impediria a discussão da questão prejudicial, não importando a falta de contraditório prévio e efetivo. Contudo, como a passagem do prazo de dois anos para o exercício do direito de revisão da tutela estabilizada não faz surgir coisa julgada, a questão jurídica decidida enquanto prejudicial à concessão da tutela não só pode voltar a ser analisada enquanto pedido ou mesmo como questão prejudicial à formulação de pedido em ação de cognição exauriente, como também pode permitir decisão inversa ou contrária sem que se possa falar em violação de coisa julgada. Assim, por exemplo, se a decisão que concedeu a tutela que se estabilizou afirmou com base em cognição sumária a responsabilidade contratual do demandado, nada impede que se chegue à conclusão, diante de outro pedido formulado pelo autor contra o demandado, que não existe a responsabilidade contratual antes admitida como provável. Realmente, se a norma simplesmente afirma que o prazo de dois anos extingue o direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada, não cabe pensar em qualquer efeito preclusivo próprio à coisa julgada. Há somente impedimento de rever a tutela do direito material, seja para reformar, extirpar ou remover os efeitos concretos da tutela que já se exauriu, seja eventualmente para paralisar a sua eficácia executiva. Note-se, aliás, que a procedência do pedido de revisão gera não apenas a reforma ou a invalidação da tutela, mas também pode levar à determinação de restituição ao estado anterior e/ou ao ressarcimento, aplicando-se o art. 520, I e II, do Código de Processo Civil.”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. v. 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 226-227. MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar a técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 147-148: “O legislador é claríssimo ao afirmar que a decisão que concede a tutela antecipada antecedente não faz coisa julgada. Além de dizê-lo expressamente (art. 304, § 6º, CPC), prevê ainda ação exauriente para o aprofundamento da cognição (art. 304, §§ 2º e 5º, CPC). Contudo, a questão que fica – apenas aparentemente – em aberto é a seguinte: como qualificar a força da estabilidade depois de transcorridos dois anos sem que tenha sido proposta a ação exauriente? O legislador é igualmente claro – embora não tenha se atrevido a dizê-lo diretamente: se a “estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão” tomada na ação exauriente (art. 304, § 6º, CPC), então é evidente que, inexistindo ação posterior ajuizada no prazo legal, a estabilidade torna-se “inafastável”. Em outras palavras: “imutável” e “indiscutível”. É claro que é legítimo, desde o ponto de vista do direito ao processo justo (art. 5º, LIV, CRFB), criar vias alternativas ao procedimento comum. Nada obsta, portanto, que o legislador desenhe procedimentos diferenciados sumários do ponto de vista formal (encurtamento do procedimento) e do ponto de vista material (com cognição sumária, limitada à probabilidade do direito). O que é de duvidosa legitimidade constitucional é equiparar os efeitos do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada. Essa opção do legislador, portanto, remete ao problema de saber qual é a função do processo civil no Estado Constitucional. Somente a partir dessa perspectiva será possível analisar se semelhante opção é suportada pela nossa ordem constitucional. Sendo a obtenção de uma decisão justa uma das finalidades do processo civil no Estado Constitucional, o que remete para a necessidade de construirmos procedimentos orientados à sua busca, parece-nos que a limitação do direito ao contraditório e do direito à prova ínsita à sumarização procedimental e material da ação antecedente atua em sentido contrário à busca por uma decisão justa – e, pois, desmente uma das razões de ser da necessidade de um processo justo. A eficácia bloqueadora do

direito fundamental ao processo justo, portanto, impede que se tenha como constitucional a formação de coisa julgada na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem o exaurimento da cognição. Isso quer dizer, a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode lograr a autoridade da coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a supressão). Em resumo: o direito à adequada cognição da lide constitui corolário do direito ao processo justo e determina a inafastabilidade da ação exauriente para formação da coisa julgada. Fora daí, há ofensa ao direito fundamental ao processo justo pelo próprio legislador infraconstitucional incumbido de densificá-lo.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 513-515: “O §6º esclarece que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §2º. A opção feita pelo NCPC está em consonância com o direito italiano e o francês e, segundo nosso entendimento, é a melhor. O instituto da coisa julgada é incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória e sujeita à confirmação. O que confere idoneidade para que uma decisão fique imune à revisão é justamente a profundidade da cognição nela desenvolvida. Feitos os elogios devidos à opção adotada pelo NCPC, a indagação interessante a ser feita é a seguinte: se não há coisa julgada, escoado o prazo de dois anos para a ação prevista no §2º, respeitados os prazos prescricionais, não poderia qualquer das partes ajuizar outra ação visando a discutir o mesmo bem da vida, com inegável repercussão na tutela antecipada estabilizada? A resposta que se impõe é positiva. O prazo de dois anos encerra a possibilidade de se ajuizar uma ação que reabra a discussão do processo extinto, nos exatos limites e contornos da lide originária na qual se deferiu a antecipação de tutela. Passado esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, nada impede que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma nova demanda, com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta. Nessa hipótese, não haverá de se falar, obviamente, em manutenção da mesma regra da ação anteriormente extinta com relação ao ônus da prova, pois se instaurará uma nova lide, sem qualquer vinculação com aquela outra extinta, cuja decisão poderá – mas não necessariamente deverá – influir na decisão que antecipou a tutela. Fechar essa possibilidade seria o mesmo que dar prevalência a uma decisão de cognição sumária em relação a uma decisão fruto de cognição exauriente e completa, com o que não podemos concordar. Exemplificamos: imagine-se uma ação proposta nos termos do art. 303 – ou seja, visando a uma tutela satisfativa antecedente – propugnando por uma medida urgente para obrigar a fábrica X, recém-inaugurada, a instalar um determinado filtro para os resíduos jogados no rio em razão da sua atividade, sob pena de R\$ 100.000,00 por dia. Após a concessão da liminar, o autor adita a petição inicial (art. 303, §1º, inciso I), formulando adequadamente o pedido para obrigá-la a cessar sua atividade ou, na pior das hipóteses, instalar e manter um filtro adequado e, ainda, a condenação em perdas e danos a serem apurados em razão de danos eventualmente causados ao meio ambiente. Diante da concessão da tutela antecipada, a empresa X cumpre a ordem, instala o filtro e não recorre da liminar, acarretando, portanto, a extinção do processo. Com foco no exemplo dado, pode-se afirmar que o que se estabiliza é tão somente a tutela mandamental consistente na ordem de instalar o filtro, nada além disso. Não há qualquer decisão judicial, fundada em cognição exauriente, que reconheça que a fábrica, de fato, polui o ambiente e que a condene, em definitivo, a cessar sua atividade, ou a indenizar quem quer que seja por danos que carecem de apuração. Nesse contexto, diante da ausência de coisa julgada, após o prazo de 2 anos previsto no §2º desse artigo 304, não poderia a fábrica entrar com uma ação judicial cujo pedido tenha eficácia preponderantemente declaratória, para declarar, após ampla cognição, inclusive com prova pericial, que o resíduo que ela joga no rio não é poluente? A nosso ver, a resposta deve ser positiva. A fábrica pode, sim, ingressar com a ação e se, ao final, o pedido for julgado, a nosso ver haverá repercussão na antecipação de tutela estável, mesmo após o decurso do prazo de dois anos.” Em obra individual posterior, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 229-230, expressa a mesma opinião e cita o “seguinte exemplo: uma ação de alimentos em que se conceda liminar e a decisão que antecipou a tutela torne-se estável. Após dois anos, move-se uma ação negatória da paternidade, na qual, após exame de DNA, é julgado procedente o pedido. Nessa situação, aquele que não é pai (assim reconhecido por decisão transitada em julgado) continuaria obrigado a pagar os alimentos, mercê da tutela antecipada estável? Pensamos que não.” Também menciona este entendimento, BONATO, Giovanni. **Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano**. Disponível em: <www.judicium.it>. Acesso em: 17 nov. 2017, p. 37-41. Observe-se que os exemplos mencionados na defesa deste entendimento tratam de relações jurídicas de trato continuado e que a sentença de mérito baseada em cognição exauriente proferida na ação principal de mérito ajuizada depois de esgotado o prazo do art. 304, §5º, CPC/2015, e que vier

A decisão interlocutória de mérito que concedeu a tutela provisória de urgência antecipada antecedente somente fará coisa julgada caso as partes venham a convencionar, de forma expressa, o trânsito em julgado desta, renunciando, assim, à cognição exauriente.

A tutela provisória de urgência antecipada antecedente estabilizada "conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o art. 304, §2º, CPC (art. 304, §3º, CPC). Assim, "a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do" art. 304, § 2º, CPC (art. 304, §6º, CPC).

Como a decisão que concedeu a tutela provisória de urgência antecipada antecedente se baseou em cognição sumária, nada impede que seja substituída por outra decisão interlocutória baseada em cognição sumária proferida na ação referida pelo art. 304, §2º, CPC. Assim, o réu pode pedir a revisão, a reforma ou a invalidação da medida, utilizando a sistemática da tutela provisória de urgência ou de evidência e terá seu pedido deferido caso logre demonstrar os respectivos requisitos²⁹¹.

A parte que desejar ajuizar ação "com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada" (art. 304, §2º, CPC) pode "requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial" da referida ação. O juízo que conceder a tutela antecipada estabilizada ficará prevento para julgar a ação que vise a revê-la, reformá-la ou invalidá-la (art. 304, §4º, CPC).

A estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente tem como escopos eliminar o perigo da demora e "oferecer resultados efetivos e imediatos diante da inércia do réu"²⁹².

a se pronunciar em sentido diverso da decisão interlocutória de mérito que concedeu a tutela provisória de urgência antecipada antecedente, somente repercute sobre os efeitos futuros, mas não sobre aqueles já exauridos. Quanto a estes somente poderá ser fixada uma indenização pelo equivalente pecuniário.

²⁹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 611. No mesmo sentido, Leonardo Greco defende que: "A propositura de nova demanda não significa necessariamente [...] que a decisão antecipada somente possa ser revista a final desse novo procedimento comum, podendo a revogação ser igualmente antecipada, até mesmo liminarmente nessa nova ação ou em procedimento a ela antecedente, se evidenciados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Afinal, há uma conexão sucessiva entre os dois procedimentos, reconhecida pelo legislador ao considerar prevento para a demanda revocatória o juízo em que a tutela antecipada foi concedida e ao prever que os autos do procedimento antecedente poderão vir a instruir a petição inicial da nova demanda (§4º)". GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 304-305, jul./ dez. 2014. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em: 21 nov. 2015. REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, n. 244, p. 167-194, jun. 2015.

²⁹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 606.

6.5.1 Requisitos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente

Para que a tutela provisória de urgência antecipada antecedente se estabilize, os seguintes requisitos devem estar presentes no caso concreto:

- a) O autor precisa formular pedido expresso de tutela provisória de urgência antecipada antecedente em sua petição inicial que faz presumir seu interesse na estabilização da tutela que requereu²⁹³⁻²⁹⁴.
- b) A decisão acerca do pedido de tutela provisória de urgência antecipada antecedente deve ser de concessão, pois somente esta é idônea a se estabilizar²⁹⁵.

"Tanto a decisão concessiva proferida pelo juízo de" primeira instância, "como a decisão (unipessoal ou colegiada) concessiva proferida em recurso de agravo de instrumento interposto contra" a decisão denegatória de primeiro grau podem se estabilizar desde que tenham sido proferidas antes da emenda a que se refere o art. 303, §1º, I, CPC²⁹⁶.

²⁹³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 606.

²⁹⁴ Segundo SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.º 55, p. 88-89, jan./mar. 2015: "Outra interpretação que, penso, deva ser forçosamente extraída dos arts. 301 e 302 é a de que a técnica de estabilização só poderia se aplicar se o autor assim o pleitear expressamente. Isso porque as técnicas previstas nos arts. 303 e 304 constituem "benefícios" ao autor (como deixa claro o §5º do art. 303) e jamais poderiam ser a ele aplicados contra a sua vontade. O jurisdicionado tem o direito de se sujeitar aos riscos e custos inerentes ao prosseguimento do processo para exercício de cognição exauriente, face ao legítimo interesse em obter uma tutela final apta a formar coisa julgada material. Não se pode obrigar o autor a se contentar com uma tutela provisória 'estabilizada' apta a ser desafiada por demanda contrária movida pelo réu do processo original nos termos do art. 304, §5º. Interpretação diversa representaria violação frontal à garantia da inafastabilidade da jurisdição, insculpida no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. Finalmente, esse entendimento pode ser extraído da própria interpretação sistemática dos arts. 303 e 304. O primeiro dispositivo prevê a faculdade do autor em provocar o Poder Judiciário apenas para apreciar o pedido de tutela provisória de urgência satisfativa em caráter antecedente, ao passo que o segundo dispõe que a técnica de estabilização se aplica apenas na hipótese de a medida ter sido deferida "nos termos do art. 301". Não bastasse, o "benefício" do art. 303 precisa ser pleiteado expressamente na petição inicial (§5º). Em outras palavras: claramente o art. 303 dá duas alternativas ao autor: (a) pleitear, exclusivamente, a tutela provisória urgente satisfativa (e apenas 'indicar' o pedido de tutela final); ou (b) desde logo, pedir, concomitantemente, a tutela provisória urgente satisfativa e a tutela final. Apenas na primeira hipótese é que se cogitaria da possibilidade de aplicação da tese de estabilização. Isso porque o autor que formula desde logo o pedido de tutela final, a meu ver, manifesta inequivocamente a vontade no sentido de que não se contentará apenas com a tutela provisória estabilizada."

²⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 607. Cf, ainda, SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto á chamada "estabilização da tutela antecipada". **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.º 55, p. 88, jan./mar. 2015.

²⁹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 607. No mesmo sentido, SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze

Para se estabilizar, a decisão concessiva não precisa ter sido proferida liminarmente. "Mesmo a decisão proferida após justificação prévia (art. 300, §2º, CPC), para cujo acompanhamento o réu" deve ser citado é idônea a estabilizar-se²⁹⁷.

Caso o pedido de tutela provisória de urgência antecipada antecedente formulado pelo autor venha a ser deferido apenas em parte, é preciso fazer uma distinção entre o capítulo da decisão que concede parte do pedido e o capítulo que indefere a outra parte. O primeiro se estabilizará caso o réu deixe de interpor o recurso de agravo de instrumento, o segundo não²⁹⁸.

c) O réu deve ficar inerte em relação à decisão que concedeu a tutela provisória de urgência antecipada antecedente.

Ao contrário do que faz parecer o art. 304, caput, CPC, a inércia do réu não consiste somente na ausência de interposição de recurso cabível contra a decisão que concedeu a tutela provisória de urgência antecipada antecedente²⁹⁹. O réu somente ficará inerte se deixar de impugnar a referida decisão por qualquer meio, como, por exemplo, o pedido de reconsideração, o pedido de revogação da tutela, o pedido de suspensão de segurança, o ajuizamento de reclamação, a apresentação de contestação ou de reconvenção, etc.³⁰⁰.

soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.º 55, p. 90, jan./mar. 2015, observa que: "Se o juiz indeferiu a providência, e o autor emendou a petição inicial com a formulação do pedido de tutela final (art. 303, §1º, I), restou descaracterizada a possibilidade de aplicação do art. 304, pelas razões expostas no item anterior. Restaria saber se a tutela provisória foi deferida em 2º grau de jurisdição, após o manejo de agravo de instrumento contra a decisão de 1º grau que indeferiu a providência (art. 1.015, I) e antes que tenha havido o aditamento da peça inicial (art. 303, §1º, I). Fiel à premissa aqui acolhida, entendo que se ao tempo da decisão do tribunal o autor não houver ainda promovido a emenda à peça inicial, com a formulação do pedido de tutela final (art. 303, §1º, I), pode-se cogitar da estabilização da decisão (monocrática ou colegiada) que houver deferido a medida em grau recursal (hipótese em que o réu será intimado da decisão para que se lhe dê oportunidade de recorrer).".

²⁹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 608. Em sentido contrário, Heitor Sica sustenta que: "a tutela provisória apta à estabilização é aquela concedida liminarmente, *inaudita altera parte*". SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.º 55, p. 90, jan./mar. 2015.

²⁹⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 607.

²⁹⁹ Heitor Sica observa que: "Em se tratando de decisão proferida em 1º grau de jurisdição, o recurso interponível é o agravo de instrumento (art. 1.015, I). Em se tratando de decisão proferida em 2º grau de jurisdição, haveria que se pensar no agravo interno contra a decisão monocrática (art. 1.021) ou no recurso especial e/ou recurso extraordinário, em se tratando de decisão colegiada". SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.º 55, p. 90, jan./mar. 2015.

³⁰⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 608. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.º 55, p. 90, jan./mar. 2015, defende que: "Há que se considerar ainda a necessidade de interpretação sistemática e extensiva do art. 304, de modo a considerar que não apenas o manejo de recurso propriamente dito

(cujas modalidades são arroladas pelo art. 994) impediria a estabilização, mas igualmente de outros meios de impugnação às decisões judiciais (em especial a suspensão de decisão contrária ao Poder Público e entes congêneres e a reclamação)”. No mesmo sentido, REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, a. 40, v. 244, p. 167-194, jun./2015, observa que: "A versão aprovada no Senado em 2010 (arts. 281, §1º, e 282, PLS 166/2010) referia-se à ‘impugnação’, enquanto a versão aprovada na Câmara em 2014 (art. 305 do PL 8.046/2010) passou a referir-se somente ao ‘recurso’. A versão posteriormente aprovada pelo Senado, em dezembro de 2014, que veio a ser objeto da sanção presidencial em março de 2015 (tornando-se a Lei 13.105/2015), manteve a restrição terminológica operada pela Câmara, vindo o art. 304 CPC a mencionar ‘recurso’, em vez de ‘impugnação’. Não obstante essa modificação de nomenclatura ao longo do procedimento legislativo, a interpretação constitucional mais adequada, à luz das garantias do contraditório e da ampla defesa, é a de que qualquer ato impugnativo *lato sensu* do réu, apresentado dentro do prazo do recurso, deve servir ao condão de impedir a estabilização da tutela antecedente e a extinção do processo: seja a interposição de agravo de instrumento, seja a apresentação de sucedâneo recursal (v. g., suspensão de segurança), seja a propositura de demanda impugnativa autônoma (no caso apenas a reclamação, já que a ação rescisória seria descabida por ainda inexistir coisa julgada, sendo também descabido mandado de segurança pelo fato de a lei prever agravo de instrumento contra dita decisão), seja ainda a apresentação, em primeiro grau, de contestação ou reconvenção. A estabilização da tutela antecedente é uma sanção pela inércia do réu. Vindo ele a resistir ao pedido do autor por qualquer ato acima mencionados (recursais ou não recursais), desde que dentro do prazo para agravo, fica impedida a estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente e afastada a extinção do processo". Ainda no mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 232-234, observa o seguinte: “A técnica da estabilização da tutela envolve uma questão fundamental: a da generalização da premissa de que a inação do demandado configura desinteresse. Certamente não é possível admitir que a inércia do réu, em todo e qualquer caso conflitivo concreto, configure desinteresse e, assim, possa ter o significado de aceitação da tutela antecipada. É importante recordar que há muito tempo, quando se discutia os efeitos da revelia, doutrina de grande respeito sustentava, com base em argumentos de natureza sociológica, a impossibilidade de se extrair da revelia a indiscutibilidade dos fatos. Dizia-se que o padrão econômico e cultural do país não permite a construção de uma premissa que supõe que todos os demandados têm condições de contratar advogados ou de compreender a necessidade de apresentar defesa. (Barbosa Moreira, José Carlos. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. Revista Brasileira de Direito Processual, Uberaba: Vitória Artes Gráficas, v. 56, p. 19-20, out./dez., 1987). Em face desta argumentação, passou-se a mitigar os efeitos da revelia, permitindo-se ao juiz investigar as alegações de fatos não contestadas, especialmente quando dos documentos juntados à petição inicial e do seu contexto pudessem decorrer dúvidas sobre as alegações fáticas. O Código de Processo Civil de 2015 positivou a tese, afirmando que a revelia não gera a presunção da veracidade das alegações dos fatos quando ‘forem inverossímeis ou estiverem em contradição com provam constante dos autos’ (art. 345, IV, CPC). Significa que o juiz não só pode considerar as alegações não contestadas inverossímeis, como ainda determinar que o autor produza prova para elucidá-las. Essa breve alusão à questão dos efeitos da revelia, como é fácil perceber, decorre da circunstância de que a técnica de estabilização da tutela, tal como desenhada no art. 304, confere à não atuação do réu efeitos que são baseados na mesma lógica dos efeitos da revelia. Parte-se da premissa de que o réu não interpôs agravo em razão de não ter qualquer interesse na discussão da questão e preocupação com os efeitos concretos da tutela antecipada. A técnica da estabilização da tutela, em boa e adequada teoria, deve ser utilizada apenas diante de particulares situações de direito substancial ou de situações gerais que revelem a ‘evidência do direito’, como ocorre no procedimento monitorio. Note-se que a técnica do procedimento monitorio admite a conversão da decisão não embargada em título executivo em virtude da existência de prova escrita dos fatos constitutivos. Sucede que a técnica do art. 304, além de indiferente ao direito material, não se baseia na evidência do direito alegado. Trata-se de técnica fundada em perigo de dano, a justificar a sumarização da cognição para a concessão da tutela. O legislador tratou mal da tutela provisória. Em vários pontos, sendo este apenas um deles. Bem por isso, a doutrina tem que elaborar freios para que desastres não aconteçam. Diante da generalização dos efeitos da não atuação do demandado, é preciso que qualquer forma de reação, ainda que não o agravo de instrumento, seja vista como sinal de inconformidade, capaz de determinar o prosseguimento do processo não apenas para a discussão do caso, mas para que o autor se desincumba do ônus de provar as alegações de fato que foram admitidas como prováveis. É certo que a contestação não tem razão para ser apresentada antes do aditamento da petição inicial e, portanto, quando há estabilização da tutela. Mas se o autor, ao receber a intimação da efetivação da tutela antecipada, apresenta petição impugnando a forma concedida para a prestação da tutela ou a sua efetivação e, por lapso, perde o prazo do agravo de instrumento, há que se considerar a sua petição como inconformismo com a tutela antecipada. Imagine-se a hipótese de tutela inibitória antecipada, em que o juiz determina a paralisação das atividades de uma indústria quando bastaria a instalação de determinada tecnologia. Se o réu imediatamente adverte o juiz de que a tutela concedida para

O art. 304, caput, CPC não pode ser interpretado no sentido de que o réu é obrigado a recorrer para evitar a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, tendo em vista que o legislador do CPC promoveu reformas tendentes a reduzir o número de recursos em trâmite no judiciário. Daí a necessidade de atribuir interpretação extensiva e sistemática ao mencionado dispositivo, para que se entenda que a impugnação do réu à decisão concessiva da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, por qualquer meio, é idônea a evitar a estabilização desta³⁰¹.

Importa salientar, contudo, que parte da doutrina interpreta de forma restritiva o art. 304, caput, CPC, entendendo que o réu ou reconvinde somente evitará a extinção do processo e a estabilização da decisão concessiva da tutela provisória de urgência antecipada antecedente caso interponha o recurso cabível no prazo legal³⁰².

impedir a poluição ambiental poderia e deveria ser prestada mediante um meio ‘mais suave’, ou seja, mediante um meio que, além de idôneo à tutela do direito, constitui menor restrição à sua esfera jurídica, há alegação de violação à regra da proporcionalidade e manifestação de inconformismo com a tutela concedida – que, assim, não tem qualquer motivo para se estabilizar”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 225: “É claro que pode ocorrer de o réu não interpor o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo – ou, ainda, manifestar -se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação. Nessa situação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento.”. Em sentido contrário, CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 163, defende que: “só a interposição, pelo demandado, de recurso (agravo de instrumento, quando se trate de processo que tramita na primeira instância; agravo interno quando for o caso de processo de competência originária dos tribunais) é capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada de urgência antecedente. O mero fato de o réu oferecer contestação (ou se valer de qualquer outro meio, como – no caso do Poder Público, por exemplo – postular a suspensão da medida liminar) não será suficiente para impedir a estabilização.”.

³⁰¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.º 55, p. 90, jan./mar. 2015: “Chama a atenção o fato de o sistema projetado – que tanto esforço empregou para reduzir a recorribilidade direta das decisões interlocutórias (art. 1.015) – passe a compelir o réu a recorrer para evitar a estabilização. Sob o império do Código vigente o réu pode optar em não recorrer da decisão liminar antecipatória de tutela e limitar-se a apresentar defesa acompanhada de novos fatos e provas, confiando que o juiz, à luz do aprofundamento da cognição, haja por bem revogar a medida.”.

³⁰² MACHADO, Marcelo Pacheco. **Novo CPC, tutela antecipada e os três pecados capitais**. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-tutela-antecipada-e-os-tres-pecados-capitais>>. Acesso em: 16 nov. 2015, entende que: “para impedir que a tutela antecipada se estabilize, o réu é obrigado a recorrer por meio de recurso de agravo de instrumento da decisão que concedeu a medida. Não há outra escolha! Ainda que o recurso não seja a estratégia que julgue adequada, ainda que não queira ou não goste de recorrer, o autor terá de fazê-lo, pois, se não o fizer, o processo é extinto e a medida se estabilizará. [...] Poderia o legislador ter previsto que caberia ao autor uma petição de impugnação, uma “minicontestação”, para evitar a estabilização? Sim, poderia. Mas não o fez. Preferiu exigir em bom português a interposição de um recurso”. Já, SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao Novo CPC: da tutela da evidência e da tutela satisfativa última parte. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 39, v. 235, p. 180, set. 2014, defende que: “se o réu, citado, não ingressar com recurso de agravo de instrumento, a medida antecipada

A interposição de recurso contra a decisão que concedeu a tutela provisória de urgência antecipada antecedente dentro do prazo legal impede a estabilização desta, mesmo que o juízo *ad quem* venha a proferir juízo de admissibilidade negativo do referido recurso³⁰³.

O réu não fica inerte quando contesta o pedido do autor no prazo de que dispõe para recorrer contra a decisão concessiva da tutela provisória de urgência antecipada antecedente³⁰⁴. Assim, embora não constitua por si só uma impugnação à referida decisão, a contestação obsta à estabilização desta, pois fará com que o mérito seja resolvido por meio de uma sentença³⁰⁵. Além disso, o réu pode optar por formular pedido de reconsideração ou de

satisfativa tornar-se-á estável". Por sua vez, MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela da urgência e tutela da evidência**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 234: "Diante da generalização dos efeitos da não atuação do demandado, é preciso que qualquer forma de reação, ainda que não o agravo de instrumento, seja vista como sinal de inconformidade, capaz de determinar o prosseguimento do processo não apenas para a discussão do caso, mas para que o autor se desincumba do ônus de provar as alegações de fato que foram admitidas como prováveis. É certo que a contestação não tem razão para ser apresentada antes do aditamento da petição inicial e, portanto, quando há estabilização da tutela. Mas se o autor, ao receber a intimação da efetivação da tutela antecipada, apresenta petição impugnando a forma concedida para a prestação da tutela ou a sua efetivação e, por lapso, perde o prazo do agravo de instrumento, há que se considerar a sua petição como inconformismo com a tutela antecipada. Imagine-se a hipótese de tutela inibitória antecipada, em que o juiz determina a paralisação das atividades de uma indústria quando bastaria a instalação de determinada tecnologia. Se o réu imediatamente adverte o juiz de que a tutela concedida para impedir a poluição ambiental poderia e deveria ser prestada mediante um meio "mais suave", ou seja, mediante um meio que, além de idôneo à tutela do direito, constitui menor restrição à sua esfera jurídica, há alegação de violação à regra da proporcionalidade e manifestação de inconformismo com a tutela concedida – que, assim, não tem qualquer motivo para se estabilizar.". No mesmo sentido, OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado: estabilização da estabilização?. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 40, n. 242, p.223-248, abr. 2015.

³⁰³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto á chamada "estabilização da tutela antecipada". **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.º 55, p. 91, jan./mar. 2015: "[...] o recurso tempestivo, ainda que inadmissível em razão de algum outro vício, é apto a evitar a preclusão da questão recorrida. Logo, se o recurso for interposto tempestivamente, impede-se a estabilização, pouco importando se não foi posteriormente conhecido."

³⁰⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 609: "a eventual apresentação da defesa no prazo do recurso [...] afasta a inércia e, com isso, a estabilização; mas a inércia que enseja a estabilização não depende da ocorrência de revelia". O autor observa, ainda que: "Se, no prazo do recurso, o réu não o interpõe, mas resolve antecipar o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização - afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada."

³⁰⁵ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 304-305, jul./ dez. 2014. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em: 11 jun. 2015: "[...] a estabilização não pode resultar simplesmente da não interposição de recurso contra a liminar concessiva do provimento antecipatório, mas também necessariamente do não oferecimento de contestação [...]. Com efeito, se, não recorrendo da liminar, o réu, citado, se defende, o direito à tutela jurisdicional efetiva e as garantias do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição), lhe asseguram a possibilidade de que a revogação seja determinada, caso acolhida a sua defesa. Por outro lado, se, concedida a tutela liminarmente, o autor aditar a petição inicial para 'confirmar o pedido de tutela final', e o réu não recorrer da liminar, nem contestar a ação, o processo será extinto" (art. 304, § 1º, CPC), "ficando prejudicado o pedido principal por falta de um provimento final, e estabilizada a decisão liminar sem coisa julgada. Se apesar da ausência de recurso, tiver o réu contestado a ação, o provimento

revogação da decisão concessiva da tutela provisória de urgência antecipada antecedente no bojo da própria contestação, tendo em vista que esta traz argumentos de fato e de direito contrários ao deferimento do pedido de mérito do autor e faz referência a provas que podem levar à revogação da tutela. Ora, o pedido de reconsideração ou de revogação, quer seja formulado em petição autônoma, quer seja formulado na contestação é idôneo a evitar a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente por ser uma forma de impugnação a esta³⁰⁶.

A tutela provisória de urgência antecipada antecedente não se estabilizará quando o réu for: incapaz sem representante legal; incapaz com representante legal cujo interesse é contraposto ao seu; revel preso sem advogado constituído no processo; ou revel que tenha sido citado por edital ou com hora certa, enquanto não constituir advogado. Nestes casos, a lei determina a nomeação de curador especial (art. 72, CPC) que terá o dever funcional de defender o demandado, inclusive impugnando a referida tutela³⁰⁷. Mas a tutela provisória de

provisório não se estabiliza, devendo sobrevir, em qualquer caso, sentença sobre o pedido de tutela final. Se este for julgado improcedente, a tutela antecipada estará automaticamente revogada" (309, III, CPC), "independentemente de ação revocatória específica, exigida no artigo" 304, §2º, CPC. No mesmo sentido, MITIDIERO, Daniel. Autonomização e Estabilização da Antecipação da Tutela. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano XI, n. 63, p. 26, nov./dez. 2014, observa que: "No Código, o meio que dispõe o réu de evitar a estabilização da tutela é a interposição do recurso de agravo de instrumento [...]. Não interposto o agravo estabiliza-se a decisão e o processo deve ser extinto [...] - obviamente com decisão do mérito favorável ao demandante. A decisão provisória projetará seus efeitos para fora do processo. É claro que pode ocorrer de o réu não interpor o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo - ou, ainda, manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação. Nessa situação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento."

³⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 209, p. 29, jul./2012: "[...] não parece possível identificar-se pura e simplesmente a falta de impugnação com ausência de recurso. Se a intenção fosse condicionar a estabilização dos efeitos à falta de recurso contra a medida urgente, haveria de se empregar diretamente a expressão "não recorrer". "Impugnação põe-se como termo mais amplo, destinado a abranger recurso, medida impugnativa autônoma, pedido de reconsideração ou mesmo qualquer outra insurgência contra a concessão de medida urgente formulada em petição destinada especificamente a tal fim ou no bojo de manifestação mais ampla (na contestação por exemplo), etc."

³⁰⁷ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 209, p. 25, jul./2012: "quando o réu do processo urgente preparatório for citado por edital ou hora certa (modalidades de citação ficta). Não se poderá imputar a consequência da estabilização, em caso de não comparecimento do réu ao processo. Haverá de lhe ser designado um curador especial, que não apenas estará autorizado, mas terá o dever funcional de adotar as medidas cabíveis em defesa do réu - inclusive impugnar a medida urgente. A mesma constatação será aplicável aos casos em que o réu for incapaz sem representante legal (ou com interesses colidentes com o do representante) ou estiver preso [...]". No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de et al. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 609, observa que: "a estabilização da decisão antecipatória não será possível se o réu

urgência antecipada antecedente não se estabilizará ainda que o curador especial deixe de impugná-la no prazo do recurso. Neste caso, o juízo deverá designar outra pessoa para exercer o encargo, devolvendo a esta o prazo para a impugnação, sem prejuízo da responsabilização disciplinar e civil do curador especial anterior.

Em muitos casos, a estabilização da tutela é suficiente para satisfazer o interesse do autor, mas em outros, como nos das tutelas declaratória e constitutiva, a segurança jurídica proporcionada pela coisa julgada será "necessária para a satisfação das partes envolvidas na causa"³⁰⁸. Assim, o demandante não ficará satisfeito com "uma separação provisória de corpos", pois somente poderá se casar com outra pessoa se seu vínculo matrimonial for dissolvido pelo divórcio. Da mesma forma, "a sustação provisória do protesto de um título" não será suficiente, impondo-se "a sua invalidação por decisão definitiva". Dessa forma, a tutela provisória de urgência antecipada meramente declaratória ou declaratória e constitutiva não pode ser requerida em caráter antecedente³⁰⁹⁻³¹⁰. Caso o autor venha a requerer, em sua petição inicial, tutela meramente declaratória ou declaratória e constitutiva e a informar que deseja utilizar a técnica da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, o juízo deverá proferir despacho informando ao autor sobre a impossibilidade do uso da referida

inerte foi citado/intimado por edital ou por hora certa, se estiver preso ou for incapaz sem representante ou em conflito com ele. Nestes caso, será necessária a designação de curador especial que terá o dever funcional de promover sua defesa (ainda que genérica), impugnando a tutela de urgência então concedida." REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, a. 40, v. 244, p. 167-194, jun./2015, tem a mesma opinião.

³⁰⁸ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 209, p. 26 e 27, jul./2012.

³⁰⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 606.

³¹⁰ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 209, p. 26-27, jul./2012: "diferentemente da atual ação monitória, que se presta especificamente à cobrança de direitos obrigacionais, portanto compatíveis com uma estrutura dispositiva e aptos à produção de resultados concretos independentemente da produção da coisa julgada -, a inovação pretendida pelo Projeto em examinar-se-ia, em seus termos literais, a qualquer tipo de medida urgente preparatória, mesmo aquelas destinadas a acautelar ou antecipar parcialmente o resultado concreto de futuras ações precipuamente declaratórias e constitutivas. No entanto, um ato jurídico não poderá ser "declarado" válido, inválido, existente ou inexistente por meio desse mecanismo monitorio. Do mesmo modo, uma situação jurídica não tem como ser constituída ou desconstituída mediante a técnica da estabilização. A tutela declaratória (ou seja, a eliminação definitiva de dúvidas) e, no mais da vezes, a tutela constitutiva (ou seja, a alteração de estados jurídicos) só tem serventia ao jurisdicionado se forem revestidas da estabilidade da coisa julgada material. Para o jurisdicionado não basta (e nem mesmo parece ser algo logicamente concebível) a eliminação provisória da dúvida sobre a existência ou não de uma relação de filiação; não basta a invalidação provisória de um contrato; não há como se ficar apenas provisoriamente divorciado - e assim por diante.". No mesmo sentido, REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 40, v. 244, p. 167-194, jun./2015.

técnica e determinando a emenda da petição inicial em quinze dias, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 321, CPC.

Havendo o autor requerido a tutela provisória de urgência antecipada antecedente em face de dois ou mais réus, a impugnação apresentada por um deles aproveitará aos demais, que tenham ficado inertes, desde que os argumentos sejam comuns. Aplicam-se aqui, por analogia, os arts. 1005 e 919, §4º, CPC³¹¹. A tutela provisória de urgência antecipada antecedente também não se estabilizará, a despeito da inércia do réu caso seu assistente simples venha a impugná-la³¹², o que somente poderá ocorrer, caso o réu não tenha renunciado expressamente ao direito de impugná-la³¹³.

As alegações de fato formuladas pelo autor não são presumidas verdadeiras em razão da revelia, quando “o litígio versar sobre direitos indisponíveis” (art. 345, CPC). A indisponibilidade do direito material discutido no processo não impede a estabilização da

³¹¹ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 209, p. 29-30, jul./2012: "Havendo litisconsórcio passivo no processo urgente preparatório, a impugnação apresentada por um dos réus aproveitará àqueles que não impugnaram na medida em que os fundamentos apresentados não digam respeito exclusivamente ao impugnante. Vale dizer: fundando-se a impugnação em defesas comuns aos litisconsortes passivos, a tutela urgente também não se estabilizará em face dos réus que permaneceram inertes."

³¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 609: "Não há que se falar em estabilização [...], quando, a despeito da inércia do réu, a demanda for devidamente respondida e a tutela antecipada concedida antecedentemente for questionada por quem se apresente como assistente simples do réu ou por litisconsorte cujos fundamentos de defesa aproveitem também ao réu inerte.". No mesmo sentido, REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 40, v. 244, p. 167-194, jun./2015, defende que: "inexistirá estabilização quando o réu for inerte, mas houver impugnação recursal por parte de litisconsorte passivo ou assistente litisconsorcial ou simples do réu cujos fundamentos de defesa aproveitem, igualmente, o réu inerte."

³¹³ O, do FPPC dispõe que: FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. enunciado n.º 501: "A tutela antecipada concedida em caráter antecedente não se estabilizará quando for interposto recurso pelo assistente simples, salvo se houver manifestação expressa do réu em sentido contrário". No mesmo sentido, GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: 2015, p. 477-478: "o assistente exerce no processo todos os direitos, deveres e ônus próprios das partes, devendo, assim, por exemplo, pagar as despesas processuais e compartilhá-las com o assistido, se este ficar vencido ao final do processo (CPC de 1973, art. 32; CPC de 2015, art. 94). A partir do ingresso do assistente no processo, ele é tratado como se fosse parte, devendo ser intimado de todos os atos do processo; ele pode ainda propor provas, interpor recursos, enfim, exercer praticamente todos os direitos, deveres e ônus que a lei atribui à parte principal. Todavia, há um limite à extensão da atuação do assistente. Ele não pode praticar atos que se choquem com os praticados pelo assistido, sendo-lhe vedado fazer aquilo que o assistido, expressamente, declarou que não queria fazer. Por exemplo: se o assistente pretende realizar um acordo, uma transação, o assistente não pode impedi-lo. da mesma forma, se o assistido renunciou ao direito de recorrer, o assistente não poderá recorrer. Vale dizer, o assistente pode fazer tudo aquilo que o assistido poderia fazer, desde que não viole a liberdade de disposição do assistido acerca do seu próprio direito e da sua estratégia de defesa. A assistência tem sempre o intuito de ajudar o assistido, por isso é denominada intervenção *ad adjuvandum*."

tutela provisória de urgência antecipada antecedente, uma vez que esta não se baseia na presunção relativa da veracidade dos fatos alegados pelo autor em sua petição inicial decorrente da revelia (art. 344, CPC), mas sim em “elementos que evidenciem a probabilidade do direito” (art. 300, caput, CPC), que podem ser:

- 1) prova apresentada pelo autor; ou
- 2) notoriedade do fato constitutivo do direito do demandante; ou
- 3) presunção legal de existência ou de veracidade do fato constitutivo do direito do autor.

Além disso, a referida tutela não se estabiliza de forma definitiva imediatamente após o decurso do prazo do recurso cabível. Seu titular ou o Ministério Público poderá ajuizar ação visando a rever, reformar ou invalidar a tutela em dois anos e somente a sua inércia durante todo o biênio fará com que os efeitos da decisão se estabilizem de maneira definitiva³¹⁴.

³¹⁴ Em sentido diverso, MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 246-249, observa que: “De acordo com o art. 392 do Código de Processo Civil, a admissão em juízo de fatos relativos a direitos indisponíveis não vale como confissão. O § 1º deste artigo afirma que a confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados. Quer dizer que o advogado da Fazenda Pública, a menos que autorizado a confessar, não pode produzir confissão dotada de eficácia. Como diz o art. 341, I, do Código de Processo Civil, as alegações de fato feitas pelo autor, ainda que não impugnadas, não são presumidas verdadeiras quando não for admissível a seu respeito a confissão. De modo que a não contestação de fatos relativos a direitos indisponíveis não vale como confissão e, por consequência, as alegações que lhe dizem respeito, ainda que não impugnadas, devem ser investigadas pelo juiz. Assim, a não contestação atribuída ao advogado da Fazenda Pública igualmente não torna os fatos incontroversos. Portanto, quando se pergunta se a não reação pode estabilizar a tutela antecipada diante da Fazenda Pública, tornando-a imutável depois de exaurido o prazo da ação de revisão (§ 5º do art. 304, CPC), cabe verificar se a não interposição do agravo de instrumento impediu o juiz de investigar alegações de fato. Se a tutela antecipada não se baseou na probabilidade das alegações de fato serem verdadeiras não há motivo para pensar que a estabilização da tutela antecipada está a contradizer a regra que afirma que não vale como confissão a admissão em juízo de fatos relativos a direitos indisponíveis nem mesmo a regra que diz que as alegações de fato não impugnadas não se presumem verdadeiras quando não podem ser objeto de confissão. Interfere aí a regra do art. 374 do Código de Processo Civil, que diz que não dependem de prova os fatos: i) notórios; ii) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; iii) admitidos no processo como incontroversos; e iv) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. É evidente que os incisos II e III não se aplicam, uma vez que os fatos pertinentes a direitos indisponíveis não podem ser objeto de confissão nem podem ser vistos como incontroversos porque admitidos. Porém, no caso de fatos notórios e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, bem como nos casos – que certamente representam a grande maioria – em que a probabilidade do direito é consequência exclusiva da resolução de uma questão de direito que não depende de investigação de alegação de fato – que se costuma chamar de questão “puramente” de direito –, certamente não há qualquer razão para não admitir a “plena” estabilização – dotada de imutabilidade – da tutela antecipada. Nos casos em que a questão é “puramente” de direito, a não interposição do agravo de instrumento não retira do juiz a oportunidade de investigar qualquer alegação de fato, ou melhor, não elimina a possibilidade de uma instrução aprofundada – derivada do prosseguimento do processo – permitir a modificação ou a revogação da tutela liminarmente concedida. Note-se que, no que tange aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, jamais haverá não contestação ou admissão, podendo se falar apenas em inércia de dedução. A não reação, neste caso, certamente não é uma admissão, mas uma não dedução de fatos que poderiam impedir, modificar ou extinguir o direito. Significa que a não dedução não se confunde com a confissão ou com a admissão que importa na presunção de veracidade das alegações de fato realizadas pelo autor. Portanto, a estabilização da tutela não pode ser vedada em razão de a Fazenda Pública deixar de deduzir defesa de mérito indireta. Aliás, é preciso perceber que a estabilização da tutela, além de ter como pressuposto a idoneidade – num juízo de probabilidade – dos fatos alegados para produzir os efeitos pressuposto a idoneidade – num juízo de probabilidade – dos fatos alegados para produzir os efeitos jurídicos afirmados, sempre e em qualquer caso requer a ausência de fatos impeditivos,

A estabilização da tutela antecipada decorrente dos artigos 303 e 304, CPC, não está sujeita aos limites estabelecidos pelo art. 190, CPC, pois não decorre de convenção processual, mas da própria lei. Assim, poderá ocorrer ainda que pessoa incapaz participe do processo, desde que esta esteja adequadamente representada ou assistida. Da mesma forma, o fato de pessoa com deficiência, devidamente apoiada, nos termos do art. 1.783-A, do Código Civil, participar do processo, não impede a referida estabilização. A existência de pessoa vulnerável no processo também não inviabiliza a mencionada estabilização.

O fato de o réu inerte ser a Fazenda Pública não impede a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) antecedente ou incidente, nem a estabilização da tutela da evidência, pois o art. 700, §6º, CPC estabelece que "é admissível ação monitória em face da Fazenda Pública", consagrando o entendimento consubstanciado no enunciado n.º

modificativos ou extintivos releváveis de ofício. Tudo isso quer dizer que o regime que subordina a modificação ou invalidação dos efeitos concretos e processuais da tutela antecipada a uma ação de revisão proponível no prazo de dois anos deve ser aplicado de forma diferenciada em relação à Fazenda Pública. Só a tutela antecipada que supõe probabilidade de direito a partir da análise de questão de direito que não requer investigação de alegação de fato está integralmente subordinada ao regime da estabilização da tutela. Nesse caso, a não propositura de ação de revisão pela Fazenda Pública torna a tutela estabilizada insuscetível de rediscussão e mutação. Contudo, na hipótese em que a probabilidade do direito resulta da suposição de que as alegações de fato são prováveis, o regime da estabilização da tutela não é integralmente aplicável. A não interposição de agravo pela Fazenda Pública, qualquer que seja o caso, conduz à extinção do processo e a perdurabilidade dos efeitos da tutela antecipada até que seja proposta ação de revisão, mas a tutela antecipada baseada em fatos que não foram plenamente investigados – embora se torne estável diante da não interposição do agravo de instrumento – nunca se torna imutável em face da Fazenda Pública. Ainda que a conservação dos efeitos da tutela em virtude da não interposição do agravo seja equivalente a atribuir efeitos a uma tutela em vista da não contestação de fatos por parte de quem não tem poder para confessar, é certo que a admissão de fatos que dizem respeito a direitos de que não se pode dispor – que exatamente por isso não vale como confissão – apenas não pode gerar a indisputabilidade dos fatos ou equivaler a uma renúncia à discussão dos fatos. A circunstância de a Fazenda Pública ter que propor “ação de revisão” para que os fatos possam ser investigados sequer gera a inversão do ônus da prova, que continua sendo do autor da ação em que concedida a tutela. De modo que a não interposição do agravo, ao impor a extinção do processo e a conservação dos efeitos da tutela, não tem os efeitos de uma confissão, na medida em que basta à Fazenda Pública propor ação para que o autor da primitiva ação tenha que demonstrar os fatos que foram supostos prováveis quando da concessão da tutela antecipada. Em resumo: toda e qualquer tutela antecipada concedida inaudita altera parte – portanto ainda que não requerida na forma antecedente –, quando não impugnada mediante agravo de instrumento pela Fazenda Pública, conserva efeitos após a extinção do processo. Porém, a tutela antecipada fundada em fatos não aprofundadamente investigados, a despeito de também conservar efeitos diante da extinção do processo provocada pela inércia, não se torna imutável, o que significa dizer que o prazo de dois anos – previsto no § 5º do art. 304 – não se aplica à Fazenda Pública”. Em sentido contrário, TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 209, p. 26, jul./2012, observa que: "A tutela monitória tem por função estabilizar a produção de resultados concretos em prol do autor naqueles casos em que o réu, podendo dispor de seu direito de defesa, abre mão de impugnar a medida concedida. Há íntima relação entre o mecanismo monitório e o princípio da disponibilidade [...]. E esse pressuposto de disponibilidade da defesa não está presente quando o objeto do litígio é um direito propriamente indisponível. Por exemplo, seria apta a estabilizar-se uma medida de antecipação de tutela de exoneração de alimentos concedida em caráter antecedente?". Também entendendo que a tutela provisória de urgência antecipada antecedente não pode se estabilizar quando o direito material discutido no processo é indisponível, REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 40, v. 244, p. 167-194, jun./2015.

339, da Súmula do STJ³¹⁵. Entretanto, a Fazenda Pública pode ajuizar ação “com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada”, no prazo de dois anos, nos termos do art. 304, §§2º e 5º, CPC. Somente a inércia da Fazenda Pública durante o biênio ensejará a estabilização definitiva dos efeitos da decisão³¹⁶.

Somente as decisões de mérito aptas a fazer coisa julgada material estão sujeitas à remessa necessária. Estas são: a sentença de mérito (artigos 203, §1º, e 487, CPC), a decisão interlocutória que procede ao julgamento parcial do mérito (art. 356, CPC)³¹⁷, e, na ação

³¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 609-610. No mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 209, p. 26, jul./2012, observa que: "Não é difícil prever que, tão logo em vigor o novo mecanismo, surgirá igualmente a tese de que ele não se aplica aos entes públicos. Foi o que se deu relativamente à ação monitoria. O STJ veio a assentar o entendimento de que cabe o emprego da ação monitoria em face da Fazenda Pública (Súmula 339 do STJ). No entanto, examinando-se os precedentes que amparam a edição da Súmula, nota-se que apenas uma parte deles admitiu propriamente o emprego do mecanismo monitorio em face dos entes públicos (i. e., a formação automática do título executivo, em caso de inércia do réu). Outra parcela dos julgados embasadores da súmula, embora admita o emprego formal da ação monitoria em face da Fazenda Pública, descarta a formação automática do título executivo caso não haja nem cumprimento nem embargos ao mandado (afirmando a necessidade de que, mesmo nesse caso, o juiz profira uma sentença, revendo o inicial juízo de plausibilidade da existência do direito do autor - sentença essa que seria, conforme o caso, submetida inclusive ao reexame necessário).".

³¹⁶ Em sentido semelhante, porém entendendo que há formação de coisa julgada material em caso de inércia da Fazenda Pública, no prazo do art. 304, §5º, CPC, REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 40, v. 244, p. 167-194, jun./2015, sustenta que: “[...] é possível a estabilização da tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública, por alguns fundamentos. Primeiramente, porque o CPC (art. 700, §6º) consagrou o entendimento de que cabe ação monitoria contra o Poder Público (na linha do que já constava da Súmula 339 do STJ). Além disso, não há formação imediata de coisa julgada, sendo permitido, à Fazenda, propor ação de modificação em até 02 anos. Somente se o Poder Público ficar inerte durante o biênio é que haverá formação de coisa julgada material”.

³¹⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 186-188: “Só há, em regra, remessa necessária de sentença. Logo, conclui-se que não será cabível a remessa necessária da decisão concessiva de tutela antecipada, bem como de acórdão ou julgado originário. É possível que o juiz decida o mérito contra a Fazenda Pública por meio de uma decisão interlocutória. Com efeito, o juiz pode decidir parcialmente o mérito, numa das hipóteses previstas no art. 356. Tal pronunciamento, por não extinguir o processo, é uma decisão interlocutória, que pode já acarretar uma execução imediata, independentemente de caução (CPC, art. 356, §2º). Conquanto seja uma decisão interlocutória, há resolução parcial do mérito, apta a formar coisa julgada material. Mesmo não sendo sentença, estará sujeita à remessa necessária. Isso porque a ela se relaciona com as decisões de mérito proferidas contra a Fazenda Pública; a coisa julgada material somente pode ser produzida se houver remessa necessária. Se houve decisão de mérito contra o Poder Público. É preciso que haja seu reexame pelo tribunal respectivo; é preciso, enfim. Que haja remessa necessária. Significa, então, que há remessa necessária de sentença, bem como da decisão interlocutória que resolve parcialmente o mérito. [...] Muito já se discutiu sobre a exigência de remessa necessária quando a decisão proferida contra a Fazenda Pública não resolve o mérito. O texto legal dispõe que deve haver remessa necessária quando a sentença for proferida contra a Fazenda Pública. A jurisprudência do STJ entende que não se admite a remessa necessária relativamente às sentenças que não resolvam o mérito. (STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 335.868/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 05.11.2013, Dle 09.12.2013). Se a Fazenda Pública for autora da demanda, e for extinto o processo sem resolução do mérito, não há, segundo esse mesmo entendimento, uma sentença proferida contra o ente público. Para o STJ, só há remessa necessária se a sentença contrária ao Poder Público for de mérito. Há remessa necessária quanto ao capítulo da sentença que condena a Fazenda Pública no pagamento de honorários de advogado. Se, porém, tal sentença não resolve o mérito, não há remessa necessária,

monitória, a decisão interlocutória por meio da qual o juiz defere a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, quando não embargada no prazo legal (art. 701, CPC). Como a decisão interlocutória de mérito que concede a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) requerida em caráter antecedente contra a Fazenda Pública não é idônea a fazer coisa julgada material, não está sujeita à remessa necessária, disciplinada pelo art. 496, CPC. Por esta razão, a remessa necessária não constitui obstáculo à estabilização neste caso³¹⁸.

Quando a liminar em mandado de segurança constitui tutela provisória antecipada (satisfativa) incidental ou tutela da evidência, a esta se aplica, analogicamente, a estabilização prevista pelo art. 304, CPC. Assim, caso a pessoa jurídica ré deixe de impugnar, por qualquer meio, a decisão concessiva da medida liminar, em mandado de segurança, e a própria ação, no prazo do recurso cabível, o processo será extinto e a medida liminar se estabilizará (art. 304,

nem mesmo quanto à parte relativa aos honorários de advogado. (STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 335.868/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 05.11.2013, Dfe 09.12.2013)”.

³¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 249-250, observa que: “A remessa necessária significa que a sentença proferida contra a Fazenda Pública, para se tornar imutável, depende de reanálise do caso pelo tribunal. Quando o art. 496 fala que a sentença não produz “efeito senão depois de confirmada pelo tribunal”, quer dizer que a sentença não produz coisa julgada senão após confirmada. É claro que os efeitos da sentença ou da decisão são produzidos independentemente da coisa julgada. Caso os efeitos da decisão não pudessem ser imediatamente produzidos contra a Fazenda Pública não haveria como ter qualquer forma de tutela urgente diante dela. Ora, não admitir que a tutela antecipada conserve efeitos diante da inércia da Fazenda Pública é não perceber que, diante dela, a tutela antecipada sempre produz efeitos independentemente de remessa necessária. A Fazenda Pública, como qualquer outro, sempre tem à sua disposição a ação de revisão.260 Proposta essa ação, a sentença proferida contra a Fazenda Pública estará sujeita, se for o caso (§§ 3º e 4º do art. 496, CPC), à remessa necessária. Caso a ação não seja proposta – quando necessária, ou seja, em caso de tutela antecipada em que não se tomou em conta alegação de fato dependente de posterior elucidação –, a tutela se tornará imutável e indiscutível ainda que a decisão que a concedeu não tenha sido revista pelo tribunal. Na verdade, a garantia buscada pela remessa necessária é plenamente compensada pela possibilidade de se propor a ação de revisão. Lembre-se que, nos casos em que a ação de revisão é necessária, não há que se pensar em admissão de fatos ou em confissão. O que realmente importa é que, como a própria Administração Pública fica no pleno controle da gestão dos seus casos judiciais, não há racionalidade em obrigar o particular a pagar por eventual atuação omissiva (não propositura da ação de revisão) destituída de adequação ou probidade. Isto significaria uma gritante violação da igualdade perante os procedimentos judiciais, indispensável ao desenvolvimento da vida social num Estado de Direito, alimentada por possíveis condutas desviadas dos agentes públicos. Ora, casos deste tipo, como é pouco mais do que evidente, devem ser tratados mediante investigação da responsabilidade do funcionário público e não por meio de imposição de prejuízo ao particular. Não raciocinar assim é tutelar ilegitimamente o Estado e prejudicar os jurisdicionados. Ou pior: é desconsiderar o direito à igualdade perante o processo para preservar ou acobertar maus funcionários públicos e alimentar uma visão de Estado que não tem qualquer preocupação com o desenvolvimento da sociedade e da sua economia. Alguém ainda poderia dizer que a tutela antecipada não pode ser concedida contra a Fazenda Pública ou que essa sempre deve ser intimada a se pronunciar antes da concessão da tutela (art. 1.059, CPC; art. 1º, § 3º e art. 2º, Lei no 8.437/92). Porém, o direito à tutela urgente é corolário do direito fundamental à tutela judicial efetiva, de modo que a lei obviamente não pode dizer que a tutela antecipada não pode ser concedida contra a Fazenda Pública. Além disso, a lei jamais pode subordinar a tutela urgente à ouvida do demandado, na medida em que a sua concessão imediata pode ser indispensável para que o direito não sofra dano – exatamente como ocorre quando é concedida inaudita altera parte e, assim, pode se estabilizar”.

caput, e §1º, CPC). Qualquer das partes pode demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a medida liminar estabilizada (art. 304, §2º, CPC). A medida liminar estabilizada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação própria (art. 304, §3º, CPC). O juízo que conceder a medida liminar ficará prevento para julgar a ação que visar à sua revisão, reforma ou invalidação. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida liminar, para instruir a petição inicial desta ação (art. 304, §4º, CPC). O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo de mandado de segurança (art. 304, §5º, CPC). A decisão que concede a medida liminar não faz coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só pode ser afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes (art. 304, §6º, CPC). Contudo, visando a afastar qualquer dúvida quanto à possibilidade de estabilização da liminar em mandado de segurança que defere tutela provisória antecipada (satisfativa), propomos o acréscimo de um artigo na Lei 12.016/2009, que a preveja expressamente, bem como o procedimento adequado para revê-la, reformá-la ou invalidá-la.

Lei 12.016/2009	Proposta de alteração da Lei 12.016/2009
Sem correspondente.	<p>Art. 7º-A. Caso a pessoa jurídica ré deixe de impugnar, por qualquer meio, a decisão concessiva da medida liminar e a própria ação, no prazo do recurso cabível, o processo será extinto e a medida liminar se estabilizará.</p> <p>§1º. Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a medida liminar estabilizada.</p> <p>§2º. A medida liminar estabilizada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o §1º.</p> <p>§3º. O juízo que conceder a medida liminar ficará prevento para julgar a ação que visar à sua revisão, reforma ou invalidação.</p> <p>§4º. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida liminar, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o §1º.</p> <p>§5º. O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada,</p>

	<p>previsto no §1º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do caput.</p> <p>§6º. A decisão que concede a medida liminar não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §1º deste artigo.</p>
--	--

O autor pode cumular dois ou mais requerimentos de tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidente ou de tutela provisória de evidência, desde que os pedidos sejam compatíveis entre si, o mesmo juízo seja competente para conhecer de todos os requerimentos e o tipo de procedimento seja adequado para todos os pedidos. Se todos os pedidos cumulados vierem a ser deferidos, a decisão concessiva será constituída por vários capítulos, um para a concessão de cada requerimento. O réu pode optar por impugnar somente um dos capítulos da decisão concessiva, permanecendo inerte em relação aos demais. Neste caso os capítulos não impugnados se estabilizarão, mas o processo não será extinto, por meio de uma sentença terminativa, pois deverá necessariamente prosseguir para que os pedidos em relação aos quais a tutela provisória foi indeferida sejam apreciados na sentença de mérito³¹⁹.

Se o impetrante formular vários pedidos principais, em sua petição inicial, mas requerer a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidente somente em relação a alguns destes, sendo esta concedida, se estabilizará se a pessoa jurídica ré deixar de impugnar, de qualquer forma, a decisão que a concedeu, no prazo do recurso cabível. Entretanto, o processo não será extinto, por meio de uma sentença terminativa, pois deverá

³¹⁹ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 209, p. 30, jul./2012: "quando houver cumulação de comandos concessivos de medidas urgentes, a formulação de impugnação apenas impedirá a estabilização dos efeitos relativos aos capítulos decisórios efetivamente impugnados. Exemplificando: no processo urgente preparatório, deferiram-se liminarmente duas providências antecipatórias independentes entre si. Se o réu impugna apenas uma delas, estabilizam-se os efeitos da outra.". No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 610, defende que: "Há que se considerar, ainda, a possibilidade de inércia parcial do réu. Isso se dará quando, concedida a decisão antecipatória com mais de um capítulo, o réu só impugnar em sede de recurso, contestação ou outra via de questionamento, um dos capítulos decisórios, caso em que só os outros, não impugnados, serão alcançados pela estabilização.". REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 40, v. 244, p. 167-194, jun./2015.

necessariamente prosseguir para que os pedidos em relação aos quais o impetrante não requereu tutela provisória sejam apreciados na sentença de mérito³²⁰.

O processo será extinto e a tutela provisória de urgência antecipada antecedente se estabilizará caso não seja impugnada pelo réu no prazo do recurso (art. 304, caput e §1º, CPC), ainda que o autor deixe de realizar o aditamento a que se refere o art. 303, §1º, I, CPC. Neste caso, a regra do art. 304, caput, e §1º, CPC, prevalece sobre a do art. 303, §2º, CPC, tendo em vista que as garantias do acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, CRFB/1988)³²¹ e da duração razoável do processo (Art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988) impedem a extinção do processo sem resolução do mérito, quando existem nos autos elementos - provas, indícios, ou efeito positivo da coisa julgada material - que demonstram a existência do direito material alegado pelo autor. As mencionadas garantias fundamentais impõem a tutela do direito do demandante por todo o tempo de sua existência. Por outro lado, extinguir a tutela, neste caso, obrigaria o autor a ajuizar uma nova ação com o consequente consumo de tempo e de outros recursos econômicos. Assim, caso desejem rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada as partes devem ajuizar a ação própria (art. 304, §2º, CPC)³²².

Ainda que estejam ausentes os requisitos legais, as partes podem convencionar a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, antes ou após o ajuizamento da ação, por meio de um negócio jurídico processual, como autoriza o art. 190, CPC³²³⁻³²⁴.

³²⁰ Nesse sentido, REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 40, v. 244, p. 167-194, jun./2015, defende que: "Há outras situações em que, apesar de ser possível a adoção da técnica da estabilização da tutela antecedente, não haverá cabimento para a extinção do processo, que deverá prosseguir rumo à resolução do mérito: (i) quando o pedido de tutela antecedente referir-se a somente parte do mérito (a apenas parcela do pedido formulado ou a apenas um dos pedidos cumulados), não sendo, assim, o único objeto da demanda.". No mesmo sentido, NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 864.

³²¹ WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna, In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 129.

³²² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODVM*, 2015, p. 610: "se o autor não aditar a petição inicial (art. 303, §1º, I), o §2º do mesmo art. 303 determina a extinção do processo sem exame do mérito. Pode acontecer de a medida ser concedida, o autor não aditar e o réu não impugnar. O que acontecerá? Extingue-se o processo sem estabilização, por força do §2º do art. 303? Extingue-se o processo, com a estabilização da tutela satisfativa antecedente, por força do art. 304? Deve prevalecer a estabilização da tutela antecipada - e isso em razão da abertura conferida às partes para rever, invalidar ou reformar por meio da ação prevista no §2º do art. 304 CPC."

³²³ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 32: "(art. 304) Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de

6.5.2 A estabilização da tutela provisória de urgência antecipada incidental

O fato de o autor ter formulado a sua petição inicial de forma completa, isto é, com a causa de pedir e o pedido definitivos, cumprindo todos os requisitos estabelecidos pelos artigos 319 e 320, CPC, não obsta a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidental requerida na exordial. Assim, caso o autor venha a manifestar interesse, em sua petição inicial, na estabilização, na eventualidade de o réu deixar de impugnar a decisão concessiva, por qualquer meio, no prazo do recurso cabível, e isto, de fato, vier a ocorrer, o processo será extinto por meio de uma sentença terminativa e a tutela antecipada se estabilizará, devendo-se aplicar, por analogia, o regime de estabilização, revisão, reforma e invalidação previsto pelo art. 304, CPC³²⁵. Nessa hipótese, não será

urgência antecedente. (Grupo: Tutela Antecipada; redação revista no V FPPC-Vitória)". "O enunciado foi formulado com base na versão da Câmara dos Deputados, aprovada em 26.03.2014; na versão final CPC-2015, a redação do dispositivo foi alterada. Na redação, final, o termo 'tutela antecipada', tal como constava da versão da Câmara, foi substituído por 'tutela provisória'; de outro lado, o termo 'satisfativa', que constava da versão da Câmara, foi substituído por 'antecipada'".

³²⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 610-611, observa que: "nada impede que, mesmo na ausência desses pressupostos, as partes selem entre si negócio jurídico, antes ou durante o processo, avençando a estabilização de tutela antecipada antecedente em outros termos, desde que dentro dos limites da cláusula geral de negociação do art. 190. [...] Por exemplo, as partes podem inserir em sede de contrato social cláusula no sentido de que eventuais medidas antecipatórias antecedentes em causas oriundas dos termos daquele contrato, se concedidas poderão: i) estabilizar-se independentemente de requerimento expresso do autor na petição inicial nesse sentido; ii) admitindo-se que, diante da revelia e inércia total do réu, o autor tenha preservado o direito de pedir o prosseguimento do processo para obtenção de uma decisão com cognição exauriente e com força de coisa julgada".

³²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 512, observam que: "[...] ao que parece, o NCPC previu a estabilização somente para a tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Ao menos, é o que novamente sugere uma interpretação literal do *caput* do art. 304, ao prever 'a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável'. Admitindo esse raciocínio, resulta que a tutela antecipada concedida incidentalmente não tem o condão de 'estabilizar-se', impondo-se o prosseguimento do processo visando a uma decisão final, apta à formação da coisa julgada material". Os autores entendem que o tratamento diferente não se justifica e defendem que "o pedido de tutela antecipada antecedente é medida excepcional, justificando-se diante de uma urgência contemporânea à propositura da ação (art. 303), ou seja, a impossibilidade de, naquele determinado momento, dada a urgência, instruir adequadamente a ação que contemple o pedido final. Sendo assim, no mais das vezes, a tutela antecipada continuará a ser requerida tal como no sistema CPC/73 – ou seja, liminarmente no bojo de um processo definitivo já instaurado, com petição inicial que contemple o pedido final, dotada de cognição plena – o que restringirá sobremaneira a incidência desse dispositivo. A melhor interpretação, segundo pensamos, é aquela que confere a maior eficácia possível ao instituto, admitindo-se, assim, a estabilização, mesmo no caso da tutela antecipada deferida incidentemente.". No mesmo sentido, REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, a. 40, v. 244, p. 167-194, jun./2015, observa que: "O legislador de 2015 perdeu uma excelente oportunidade de consagrar, expressamente, a possibilidade de utilização da técnica da estabilização (com extinção do processo) [...] para a tutela antecipada que, concedida incidentalmente, não viesse a ser impugnada tempestivamente, tal como ocorre nos Direitos

necessário o aditamento da petição inicial determinado pelo art. 303, §1º, I, CPC. Note-se que a estabilização pode ocorrer tanto quando a tutela provisória de urgência antecipada incidente é concedida liminarmente³²⁶, quanto quando é deferida após a intimação da autoridade coatora para prestar informações, no processo do mandado de segurança. Assim, entendemos que, nesse caso, a liminar em mandado de segurança que consista em tutela provisória de urgência (ou em tutela provisória de urgência e de evidência) deve se estabilizar caso a Fazenda Pública deixe de oferecer qualquer tipo de impugnação à mesma e à própria ação no prazo legal para interpor o recurso cabível.

Ainda que o autor não tenha manifestado, em sua petição inicial, o interesse na estabilização, caso tenha sido concedida a tutela provisória de urgência antecipada incidental, ou tutela da evidência, e o réu tenha deixado de impugnar, por qualquer meio, a decisão que a concedeu, no prazo de que dispõe para recorrer contra esta, o juiz deve, em atenção ao seu dever de consulta, decorrente dos princípios da cooperação e do contraditório (arts. 6º, 7º, 10, CPC c/c art. 5º, LV, CRFB/1988), proferir despacho questionando o autor sobre seu interesse na extinção do processo e na estabilização da tutela provisória de urgência antecipada incidental. Caso o autor venha a se manifestar positivamente, o juiz deve proferir sentença terminativa e a referida tutela de urgência se estabilizará³²⁷.

italiano e francês [...]. Consideramos que, com as devidas adaptações procedimentais, é possível – *de lege lata*, em interpretação sistemática – a adoção da técnica da estabilização (com eventual extinção do processo) para a tutela antecipada incidental [...].”.

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 235: “Não fosse tal generalização, há algo que beira ao curioso no tratamento da estabilização da tutela. Diz expressamente o art. 304 que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável ...”. O art. 303 pressupõe apenas tutela antecipada requerida na forma antecedente. Aliás, uma forma (antecedente) excepcional de tutela antecipada, imaginada para situações aberrantes da normalidade. Ora, não há motivo razoável algum para se entender que apenas a tutela antecipada requerida na forma antecedente pode se tornar estável. Isso seria afirmar que somente o autor que, diante da situação de urgência, não tem tempo para elaborar adequadamente a petição inicial da ação, pode gozar dos benefícios da inércia do demandado. Entretanto, como os sistemas da tutela provisória e do próprio código repudiam uma interpretação literal no sentido de que somente a tutela antecipada antecedente pode se estabilizar, há como evitar a contradição que uma leitura descuidada poderia provocar. Ao admitir a estabilização da tutela antecipada requerida na forma antecedente, o art. 304 aceitou implicitamente a estabilização da tutela antecipada requerida na petição inicial da ação regularmente proposta. Raciocínio diverso retiraria a coerência da estabilização da tutela ou, pior do que isso, estimularia o autor a fingir que não possui documentos e oportunidade para desenvolver adequadamente a causa de pedir da ação apenas para requerer a tutela na forma antecedente. Frise-se que, quando a tutela antecipada é requerida na petição inicial da ação em que se pede a tutela final do direito, a estabilização da tutela somente é possível quando deferida inaudita altera parte. Nesse caso, sendo o réu intimado da efetivação da tutela e citado para contestar mediante o mesmo mandado, a estabilização dependerá da não interposição de agravo e da não apresentação de contestação”.

³²⁷ CÂMARA, Alexandre . **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 165, defende que: “Veja-se, por fim, que tudo o que aqui se disse acerca da tutela de urgência satisfativa antecedente também se aplica nos casos em que, na petição inicial, tenha o autor formulado o requerimento de tutela antecipada em conjunto com o pedido de tutela final (o que é possível por aplicação analógica do art. 308, § 1º). Nesta hipótese, porém, não haverá que se cogitar de emenda à inicial (já que esta terá vindo “completa”), mas no caso de o réu

6.6 Fungibilidade entre as diferentes modalidades de tutela provisória de urgência previstas pelo CPC

O CPC erigiu a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo como requisitos comuns à concessão, quer da tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa), quer da tutela provisória de urgência cautelar. Da mesma forma, estabeleceu um mesmo procedimento para a concessão incidental quer de uma quer de outra. Além disso, o art. 297, caput, CPC, estabelece que: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”, estabelecendo “o poder geral de concessão de medidas provisórias”³²⁸. Assim, caso o magistrado venha a entender que a tutela provisória de urgência cautelar requerida em caráter incidente tem, na realidade, natureza antecipada (satisfativa), deve concedê-la a este título. Por outro lado, caso venha a considerar que a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter incidente tem, na verdade, natureza cautelar, deve concedê-la como tal³²⁹. Esta conclusão é pertinente ao processo do

não interpor recurso contra a decisão concessiva da tutela de urgência, poderá o autor desistir da ação para, com isto, provocar a estabilização da tutela antecipada, sendo essencial que o juízo, diante da constatação do fato de "que o réu não recorreu, advirta o autor da possibilidade de estabilização, o que é uma manifestação de atitude cooperativa".

³²⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 531.

³²⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 616. No mesmo sentido, GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 364: “A fungibilidade entre as tutelas de urgência, antecipada ou cautelar, também é autorizada pelo artigo 297, e repetida no parágrafo único do artigo 305, na hipótese de cautelar antecedente que o juiz entenda ter caráter de tutela antecipada. Apesar de inexistir previsão expressa de medida antecedente proposta como antecipatória que o juiz entenda ser cautelar, ou de medida incidente que proposta com uma denominação, tenha a natureza da outra, parece-me que o disposto no artigo 297 é suficiente para autorizar a fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada de urgência em qualquer caso”. Ainda no mesmo sentido, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência CPC/1973 ao CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 171-172, sustenta que: “a questão da fungibilidade também continuará em voga, segundo pensamos, com a vigência do novo Código de Processo Civil. Isso porque, conquanto a tutela cautelar e a fungibilidade tenham sido tratadas como espécies do mesmo gênero das tutelas de urgência, o novo Código previu procedimentos distintos para a tutela antecipada antecedente (arts. 303-304) e a tutela cautelar antecedente (art. 305-310). Há, portanto, uma diferenciação dos procedimentos, dependendo da natureza da tutela de urgência: se cautelar ou satisfativa. Nesse ponto, poderia ter avançado mais o novo Código, prevendo um único procedimento para ambas, sem nenhuma distinção, evitando-se com isso uma discussão estéril na tentativa de classificar a medida pleiteada e adotando, em tudo e por tudo, um regime jurídico único para as tutelas de urgência. Não o fez. E com isso, infelizmente, reacende a importância de distingui-las. Pior ainda é a regra quanto a fungibilidade prevista no novo Código. Trata-se do parágrafo único do art. 305 que reforça a ideia de procedimentos distintos, ao dispor que caso o juiz entenda que o pedido em questão tem natureza antecipada e não cautelar, deverá observar o procedimento no disposto no art. 303, ou seja, aquele destinado à tutela antecipada. Em verdade, esta regra em nada ajuda à fungibilidade. Basicamente diz que o juiz deve “corrigir” o rito, processando o pedido formulado a título de cautelar como tutela antecipada quando entender que esta é a natureza do requerimento. De qualquer forma, mesmo diante da infeliz redação, não se pode fechar os olhos à enorme similitude entre a tutela cautelar e a antecipada que, à luz do novo Código, são concedidas mediante os mesmíssimos requisitos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Há

mandado de segurança, uma vez que os dispositivos do CPC que disciplinam a tutela provisória requerida em caráter incidental, se aplicam a este, quando a tutela provisória é requerida após a intimação da autoridade coatora para prestar informações.

uma evidente ‘zona cinzenta’ entre ambas, daí por que a regra da ‘fungibilidade de mão dupla’ adrede mencionada deve ser posta em prática também no Código de Processo Civil de 2015.” BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. I Jornada de Direito Processual Civil. (Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017). Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2017: “Enunciado 45 – Aplica-se às tutelas provisórias o princípio da fungibilidade, devendo o juiz esclarecer as partes sobre o regime processual a ser observado.”

7 TUTELA DA EVIDÊNCIA NO MANDADO DE SEGURANÇA

A evidência a que se refere o CPC é “o direito evidenciado por provas”, ou seja, “o estado processual em que as afirmações” sobre os fatos jurídicos “estão comprovadas”, constituindo, portando, um “fato jurídico processual”. Como tal, pode ser tutelada por decisão judicial decorrente de procedimento diferenciado³³⁰.

A tutela da evidência é a técnica de atribuição do ônus consequente “do tempo do processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável o sucesso do réu em fase mais avançada do processo”³³¹.

A tutela da evidência é provisória quando baseada em cognição sumária e, portando, inapta a gerar coisa julgada material, ou definitiva quando fundada em cognição exauriente e, por isso, capaz de fazer coisa julgada material. A decisão interlocutória de mérito baseada no art. 311, CPC, e a liminar em mandado de segurança são exemplos do primeiro caso. Por outro lado, constituem hipóteses de tutela definitiva de evidência: as sentenças de mérito do mandado de segurança e do procedimento monitorio (art. 702, CPC); de improcedência liminar do pedido (art. 332, CPC); de julgamento antecipado do mérito (art. 355, CPC) e de julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, CPC)³³².

³³⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 617: “Perceba-se que a evidência não é um tipo de tutela jurisdicional. A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela. Somente há sentido e utilidade em falar da “tutela da evidência” como técnica processual. É uma técnica processual, que diferencia o procedimento, em razão da evidência com que determinadas alegações se apresentam em juízo. Qualquer espécie de tutela jurisdicional, encarada como resultado prático da decisão, pode, em tese, ser beneficiada por esta técnica”. Em sentido diverso, BODART, Bruno Vinicius da Rós. **Tutela da evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 112: “O CPC utiliza a terminologia ‘tutela da evidência’. *Évidence*, do francês, ou *evidence*, do inglês, significam prova. [...] Ocorre que, na realidade, não se tutela a prova, mas sim o direito da parte, em razão dos diversos fatores previstos pelo art. 311 CPC, que indicam um alto grau de verossimilhança das alegações do autor. Revela-se, portanto, mais adequada a expressão ‘tutela da evidência’.”

³³¹ BODART, Bruno Vinicius da Rós. **Tutela da evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 111. No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 618, afirmam que o objetivo da tutela da evidência “é redistribuir o ônus que advém do tempo necessário para transcurso de um processo e a concessão de tutela definitiva. Isso é feito mediante a concessão de uma tutela imediata e provisória para a parte que revela o elevado grau de probabilidade de suas alegações (devidamente provadas), em detrimento da parte adversa e a improbabilidade de êxito em sua resistência, mesmo após uma instrução processual”.

³³² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 619, aduzem que: “[...] a evidência pode servir às tutelas definitivas ou ‘provisórias’. São técnicas que servem à tutela definitiva, fundada em cognição exauriente: a) a criação de um procedimento especial como o mandado de segurança e a ação monotória; e b) a permissão para a instauração da

O art. 311, CPC determina que o juízo deve conceder a tutela provisória de evidência "independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo" sempre que: estiver "caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte"; as alegações de fato do autor ou do reconvinte estiverem comprovadas por prova documental e o direito pleiteado for reconhecido por "tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante"; o pedido reipersecutório do autor estiver "fundado em prova documental adequada do contrato de depósito", caso em que deverá conceder "ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa"; ou "a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável"³³³. Trataremos de cada uma dessas hipóteses, em separado, abaixo.

O parágrafo único do art. 311, CPC autoriza o juiz a conceder a tutela da evidência liminarmente quando as alegações de fato do autor ou do reconvinte estiverem comprovadas por prova documental e o direito pleiteado for reconhecido por "tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante" e quando o pedido reipersecutório do autor estiver "fundado em prova documental adequada do contrato de depósito". Parte da doutrina entende que este dispositivo seria inconstitucional ao permitir decisão liminar favorável ao pedido do autor, tão somente com base em evidência, por violar o direito fundamental do réu ao contraditório e à ampla defesa³³⁴. Além disso, o direito do autor não estaria evidenciado,

execução definitiva, por credor que esteja munido de título executivo extrajudicial. É técnica que serve à tutela provisória, fundada em cognição sumária: a antecipação provisória dos efeitos da tutela satisfativa. Aqui surge a chamada tutela provisória de evidência³³⁵.

³³³ O art. 311, CPC, adotou um conceito mais restrito de "tutela da evidência" do que aquele proposto por FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 317. A mesma observação é feita por BODART, Bruno Vinicius da Rós. **Tutela da evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 109.

³³⁴ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 369-371. Idem. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 296-330, jul./ dez. 2014: "Com efeito, se o acolhimento definitivo do pedido do autor, em razão da evidência do seu direito fosse concedido liminarmente, sem a prévia audiência do réu, essa especial tutela da evidência seria irremediavelmente inconstitucional, pois somente a urgência, ou seja, o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação a bem da vida de especial valor pode justificar a postergação, jamais a supressão completa, do contraditório ou do exercício do direito de defesa, que são garantias constitucionais cujo respeito se afigura absolutamente imperioso e inafastável. A liminar possessória e os alimentos provisórios sempre foram justificados pela excepcional relevância do direito tutelado, constituindo provimentos provisórios, sujeitos a ratificação subsequente, após regular contraditório. [...] Indagação que tenho feito a respeito dessa concessão liminar é se, embora a noção de tutela da evidência exclua o requisito da urgência, consoante está expresso no caput do artigo 312, a sua concessão liminar não deveria exigir a sua caracterização. Na comparação feita por FUX com o mandado de segurança e com os títulos executivos, há diferenças substanciais com a nova tutela da evidência disciplinada no Código de 2015. No mandado de segurança a liminar impõe o requisito da urgência, de acordo com o inciso III do artigo 7º Lei

pela prova apresentada por este, antes de ser oportunizada ao demandado a apresentação de contraprova³³⁵. Esta tese, contudo, não se sustenta, pois, não há, neste caso, a eliminação das mencionadas garantias fundamentais do processo, mas, tão somente, a sua postergação, que se justifica pela própria evidência do direito material pleiteado pelo autor. O legislador do CPC procedeu a uma ponderação legítima entre as garantias inscritas no art. 5º, LV, CRFB/1988 de um lado e aquelas consagradas pelo art. 5º, XXXV, LXXVIII, CRFB/1988, de outro, decidindo por prestigiar estas em detrimento daquelas, quando o direito do autor é altamente provável e a possibilidade deste sofrer um dano marginal ocasionado pela duração do processo é maior do que a de um erro judiciário³³⁶.

A tutela provisória de evidência tem sempre natureza satisfativa, pois se destina a antecipar a concessão e a efetivação do pedido do autor ou do reconvinte referente ao seu

12.016/2009. O título executivo resultou de decisão judicial ou de fonte extrajudicial formal que gerou a presunção de certeza de existência do crédito. Por outro lado, na liminar possessória e nos alimentos provisórios, a urgência é evidente, seja pela lesão ou ameaça à posse do bem pelo requerente, seja pela necessidade de sobrevivência do alimentando. Na ação monitória, em que também se prevê tutela liminar da evidência (art. 9º, parágrafo único, inciso III), a oposição de embargos no prazo de quinze dias para cumprimento suspende automaticamente a efetivação da medida até o julgamento em primeiro grau (art. 702, §4º). Aqui na tutela da evidência a prova documental robusta não é aquela que formalmente gere a presunção de certeza de existência do crédito, pois se o fosse, ensejaria desde logo a execução como título executivo. Ora, o acolhimento liminar, ainda que provisório, do pedido do autor sem o requisito da urgência violaria a garantia do contraditório, o que, a meu ver, impõe uma interpretação do caput e do parágrafo único do artigo 311 em conformidade com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição, no sentido de que, nas hipóteses dos incisos II e III, a liminar autorizada depende concorrentemente da evidência do direito e da caracterização do perigo de lesão grave ou de difícil reparação.”

³³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 339-340, sustenta que : “[...] a cognição sumária diz respeito em regra à defesa indireta; os fatos constitutivos devem ser incontroversos ou estar provados mediante documento, o que significa que em relação aos fatos constitutivos deve haver cognição exauriente. Sucede que a cognição exauriente, ou melhor, a aferição da incontrovérsia – não contestação e incompatibilidade entre a negação do fato constitutivo e a defesa indireta – e da qualidade do documento – não alegação de falsidade – dependem da devida oportunidade à manifestação do demandado, especialmente da análise da defesa. Isso demonstra que liminar antes da ouvida do réu jamais pode ser tutela da evidência, embora possa ser concedida quando o tempo para a ouvida do demandado puder causar dano. [...] Ao exigir direito evidente e, assim, não poder dispensar a análise da defesa, a tutela da evidência antes da ouvida do réu não é apenas uma contradição em termos; é igualmente uma tutela que viola o contraditório e o direito da defesa. Não há como admitir que um fato constitutivo está provado mediante documento antes da ouvida do demandado”.

³³⁶ BODART, Bruno Vinicius da Rós. **Tutela da evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 127: “Não cabe alegar, contra a opção CPC de permitir a concessão da tutela da evidência sem prévia oitiva do réu, nenhuma violação ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF/1988). A tese jurídica sustentada pelo autor é embasada por jurisprudência consolidada, disso resultando que as chances de sucesso do réu ao final do processo são absolutamente remotas. É claro que a defesa pode demonstrar ao juiz a insubsistência dos fatos alegados pelo autor, ou provar a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, mas tratar-se-ia de situação excepcional. Sendo o risco de erro judiciário significativamente menor que o risco de morosidade na realização do direito, deve-se optar pela concessão da tutela à pretensão do demandante, deixando o tempo do processo transcorrer em desfavor do réu [...]”.

direito material evidente, independentemente da demonstração de *periculum in mora*. Trata-se de técnica de aceleração do resultado do processo³³⁷.

"A tutela da evidência é compatível com os procedimentos especiais"³³⁸, tendo em vista que sua disciplina foi inserida no Livro V da Parte Geral CPC. Além disso, a tutela da evidência é essencial para efetivar as garantias do acesso à ordem jurídica justa³³⁹ e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988), não se justificando, portanto, a exclusão de sua aplicação a qualquer procedimento.

A tutela da evidência pode ser concedida em qualquer recurso³⁴⁰, desde que haja pedido expresso da parte nesse sentido e esteja presente alguma das hipóteses arroladas pelo art. 311, CPC.

A sentença que "confirma, concede ou revoga tutela provisória" começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação (art. 1.012, §1º, V, CPC). Assim, "a apelação contra o capítulo da sentença que concede, confirma ou revoga a tutela antecipada da evidência ou de urgência não" tem efeito suspensivo automático³⁴¹.

Somente o perigo da demora justifica a elaboração e a apresentação de uma petição inicial incompleta (art. 303, caput, CPC, §1º, I, CPC). Assim, não é possível a concessão, antecedente ao processo principal de mérito, de tutela provisória, com base, tão

³³⁷ CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 167, defende que: "Denomina-se tutela da evidência à tutela provisória, de natureza satisfativa, cuja concessão prescinde do requisito da urgência (art. 311). Trata-se, então, de uma tutela antecipada não urgente, isto é, de uma medida destinada a antecipar o próprio resultado prático final do processo, satisfazendo-se na prática o direito do demandante, independentemente da presença de *periculum in mora*. Está-se, aí, pois, diante de uma técnica de aceleração do resultado do processo, criada para casos em que se afigura evidente (isto é, dotada de probabilidade máxima) a existência do direito material. Prevê o art. 311 um rol de quatro hipóteses em que será concedida tutela da evidência. Em todos esses casos, portanto, será possível deferir-se, provisoriamente, ao demandante o próprio bem jurídico que ele almeja obter com o resultado final do processo, satisfazendo-se antecipadamente sua pretensão".

³³⁸ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 422.

³³⁹ Cf. art. 5º, XXXV, CRFB/1988. WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna, In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-129.

³⁴⁰ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 423: "(arts. 311; 995, parágrafo único; 1.012, §4º; 1.019, inciso I; 1.026, §1º; 1.029, §5º) Cabe tutela da evidência recursal. (Grupo: Tutela de urgência e tutela da evidência)".

³⁴¹ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 217.

somente, na evidência do direito pleiteado pelo autor. Por tal razão, a tutela provisória de evidência somente pode ser requerida e concedida em caráter incidental. Entretanto, caso também esteja presente, no caso concreto, além da evidência, o perigo da demora, o juízo pode conceder, a pedido, a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) em caráter antecedente. O direito é evidente quando sua existência é extremamente provável, mas a evidência não exclui o perigo da demora. Importa ressaltar, contudo, que a evidência justifica, por si só, a inversão do ônus do tempo do processo a favor do autor e contra o réu, em caráter liminar, no processo principal de mérito³⁴².

7.1 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte

O art. 311, I, CPC sanciona a litigância de má-fé do réu ou reconvinco que apresenta defesa claramente inconsistente ou pratica atos com o objetivo de prolongar o processo, com a concessão da tutela provisória de evidência em favor do autor ou reconvinte. Abusa do direito de defesa o fornecedor de produtos ou serviços que, em sua contestação, alega não ser responsável pelo dano sofrido pelo consumidor por não ter agido com dolo ou culpa, pois o Código de Defesa do Consumidor consagra, de forma inequívoca, a responsabilidade civil objetiva do primeiro (arts. 12 e 14, CDC). O mesmo ocorre quando o réu contesta fatos notórios ou baseia sua defesa em lei que o STF já declarou inconstitucional em controle abstrato de constitucionalidade³⁴³.

³⁴² Em sentido parcialmente diverso, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. v. 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 223, aduz que: “o pedido de tutela antecipada antecedente está, segundo o texto legal, limitado à urgência à propositura da ação, ficando excluída a possibilidade de tutela antecipada antecedente – e, portanto, estável – nos casos de tutela da evidência. Do ponto de vista técnico, nada obstará a possibilidade de tutela da evidência antecedente, como mostra a experiência do *référé provision* francês (art. 809, *Code de Procédure Civile*); porém, intencionalmente ou não, nosso legislador parece ter optado por limitar a tutela antecipada antecedente aos casos de urgência. A opção, por óbvio, não merece respaldo. O ônus do tempo do processo não pode ser atribuído àquele que aparentemente tem razão. Por isso, examinando o regime da tutela antecipada antecedente à luz da garantia fundamental da tempestividade da jurisdição, evidencia-se a necessidade de se interpretar extensivamente o contido no art. 303, do CPC, de modo a abarcar também, por analogia, as tutelas da evidência.”.

³⁴³ CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 167-168, defende que: “Defere-se a tutela da evidência quando “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte” (art. 311, I). Trata-se, aqui, da previsão de uma tutela provisória sancionatória, por força da qual a aceleração do resultado do processo se apresenta como uma sanção imposta àquele demandado que exerce seu direito de defesa de forma abusiva, com o único intuito de protelar o andamento do processo. É, pois, uma técnica de antecipação da tutela perfeitamente compatível com a garantia constitucional de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República). É que há casos – e todo profissional habituado à prática forense já viu algum – em que, proposta uma demanda, o réu apresenta uma defesa que não é séria. É o que se dá, por exemplo, em processos nos quais se discute a responsabilidade civil do fornecedor de produtos e este se defende alegando não ter agido com culpa para a produção do dano

A Administração Pública abusa de seu direito de defesa quando contraria "entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa", sem procurar "demonstrar a existência de distinção" ou a "necessidade de superação do entendimento"³⁴⁴.

O direito alegado pelo autor ou reconvincente não se torna evidente simplesmente porque o réu ou reconvincente abusou de seu direito de defesa ou porque praticou atos que denunciam seu propósito protelatório. Assim, para que o juízo possa conceder a tutela da evidência com base no art. 311, I, CPC, é preciso que o autor ou reconvincente apresente, juntamente com sua petição inicial ou contestação, prova documental ou documentada – emprestada ou antecipada – de seu direito. Ainda que não prevista expressamente, tal regra decorre de exigência lógica. Da mesma forma, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu ou reconvincente não torna evidente suposto direito baseado em alegação de fato inverossímil realizada pelo autor ou reconvincente. A parte que abusa de seu direito de defesa ou que pratica ato protelatório litiga de má-fé e, por esta razão, o juiz deve condená-la, de ofício ou a requerimento, “a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou” (art. 81, CPC), mas não pode ter seu direito ao contraditório e à ampla defesa prévios à decisão de mérito suprimido, a menos que o autor ou reconvincente apresente prova documental ou documentada dos fatos constitutivos de seu direito juntamente com a petição inicial ou reconvenção³⁴⁵.

suportado pelo consumidor (quando é notório que a responsabilidade civil do fornecedor de produtos é, invariavelmente, objetiva, prescindindo da existência de culpa). É, também, o que se dá naqueles casos em que o réu apresenta defesa que contraria fatos notórios, ou se baseia em lei já declarada inconstitucional pelo STF”.

³⁴⁴ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 34. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 168: “Considera-se, também, abusiva a defesa da Administração Pública quando contrariar entendimento firmado, com eficácia vinculante, no âmbito administrativo do próprio ente público, e que esteja consolidado em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou a presença de elementos que justifiquem a superação daquele entendimento consolidado (FPPC, enunciado 34).”.

³⁴⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 501, defende que: “A hipótese referida no inc. I da art. 311 CPC, a nosso ver, é disciplinada de modo incompleto. O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório, por si sós, não tornam evidente o direito afirmado pelo autor. Mais apropriada parecia a redação do art. 273, caput e II CPC/1973 com a exigência presente no *caput* do art. 273 CPC/1973, de “prova inequívoca” que convencesse da “verossimilhança da alegação”. O abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, assim, corroboravam o direito que muito provavelmente existiria. A má técnica da redação do art. 311, I, CPC, de todo modo, não deve conduzir ao entendimento de que algo

O réu pode manifestar seu propósito protelatório mesmo antes de sua citação, quando, por exemplo, se oculta para não recebê-la. Neste caso, feita a citação com hora certa, e tendo o escrivão ou chefe de secretaria dado ciência desta ao réu por meio de “carta, telegrama ou correspondência eletrônica”, o juiz poderá conceder a tutela da evidência ao direito do autor, desde que este esteja devidamente provado por documento (arts. 252 a 254 e 311, I, CPC)³⁴⁶.

O Direito não pode permitir que o réu se beneficie com a sua resistência processual injustificada³⁴⁷.

7.2 Precedentes vinculantes

O art. 311, II, CPC autoriza a entrega da tutela provisória da evidência quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Assim, exige o atendimento de dois requisitos, um de fato e outro de direito³⁴⁸, que, juntos demonstram ser altamente provável o julgamento final favorável ao pedido do autor ou do reconvinte:

a) O primeiro é a apresentação de prova das alegações de fato da parte requerente, que, nesse caso, precisa ser: i) documental, ou documentada (a exemplo da prova emprestada ou antecipada)³⁴⁹; e ii) dizer respeito a fato gerador do direito alegado. Esse requisito é

inverossímil, afirmado pelo autor da ação, seja considerado evidente, tão só pelo fato de o réu ter abusado do direito de defesa. O abuso ou a prática de atos protelatórios poderão conduzir à condenação por litigância de má-fé [...] mas não, necessariamente, à concessão de tutela da evidência”. BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. I Jornada de Direito Processual Civil. (Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017). Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2017: “Enunciado 47 – A probabilidade do direito constitui requisito para concessão da tutela da evidência fundada em abuso do direito de defesa ou em manifesto propósito protelatório da parte contrária.”.

³⁴⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 501.

³⁴⁷ BODART, Bruno Vinicius da Rós. **Tutela da evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 112: “O processo não pode premiar a resistência em juízo, como se fosse verdadeira fonte de benefícios, tornando vantajoso àquele que não tem razão dilatar o curso processual, em vez de colaborar para o atendimento do direito que assiste à parte ex adverso”.

³⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 624-625.

³⁴⁹ Em sentido contrário, entendendo que a prova documentada não é apta a ensejar a tutela da evidência de trata o art. 311, II, CPC, mas, tão somente a prova documental, Alexandre Câmara afirma que: “Exige-se [...] que a prova documental trazida com a petição inicial seja suficiente para demonstrar a veracidade de todas as alegações, formuladas pelo demandante, a respeito dos fatos que fundamentam sua pretensão. Tem-se aí, então, situação equivalente àquela do mandado de segurança, cuja concessão exige a demonstração de direito líquido e certo (assim compreendido aquele direito cujo fato constitutivo é demonstrável através de prova exclusivamente documental e preconstituída). A necessidade de produção de outros meios de prova além dos documentos que

dispensado quando o fato constitutivo do direito não depender de prova (ou de outras provas), como o fato objeto de presunção legal absoluta, o fato confessado, o fato incontroverso, ou o fato notório³⁵⁰.

b) O segundo constitui ser o fundamento jurídico do pedido do autor ou do reconvinente tese fixada em precedente obrigatório, a exemplo da súmula vinculante (Cf. art. 927, II, CPC e art. 103-A, CRFB/1988), do acórdão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas e do acórdão que julga recursos extraordinários ou especiais repetitivos (art. 927, III, CPC)³⁵¹⁻³⁵².

O art. 311, II, CPC deve ser interpretado de forma extensiva, teleológica e sistemática, no sentido de que todos os precedentes a que a Constituição Federal ou o art. 927, CPC, atribui eficácia vinculante podem ensejar a tutela da evidência, inclusive as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, II, CPC), os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (art. 927, IV, CRFB/1988)³⁵³, o acórdão proferido em incidente de assunção de competência (art. 927, III, CRFB/1988), e a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual o órgão jurisdicional estiver vinculado (art. 927, V, CRFB/1988)³⁵⁴. Tal interpretação se justifica, pois em todos estes casos, os

instruem a petição inicial, portanto, é suficiente para afastar a incidência do art. 311, II". CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 168.

³⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 624-625.

³⁵¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, e-book, p. 239: "A definição da questão de direito mediante a técnica do IRDR ou dos recursos repetitivos (RR) também possui relevância para a concessão da tutela da evidência, desde que os fatos invocados e que servem de base para o direito invocado estiverem comprovados documentalmente, nos termos do art. 311 CPC."

³⁵² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 624-625.

³⁵³ O juízo deve conceder a tutela da evidência "quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante". ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Seminário - O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil: enunciados aprovados. Enunciado n.º 30. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2015. Ora se, nas causas que dispensam a fase instrutória, o juiz deve julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar tais precedentes (art. 332, caput, CPC), deverá, nas mesmas causas, deferir a tutela provisória de evidência quando o pedido vier ao encontro destes julgados.

³⁵⁴ Em sentido diverso, entendendo que somente a tese firmada em súmula vinculante ou em julgamento de casos repetitivos (decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em recursos especial e extraordinário repetitivos) pode ensejar o deferimento da tutela provisória de evidência tipificada no art. 311, II, CPC, CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 168-169,

principais argumentos existentes acerca do tema foram debatidos antes que o tribunal fixasse a *ratio decidendi* que disciplina a matéria de forma cogente³⁵⁵. Dessa forma, a parte que se opõe à tutela da evidência tem suas possibilidades argumentativas significativamente reduzidas, pois somente evitará sua concessão se conseguir demonstrar distinção entre o caso em análise e o caso modelo ou que o precedente está desatualizado, seja em razão de alteração da legislação em que se baseou, seja por mudanças culturais. Sendo, portanto, remotas suas chances de vitória, encontra-se justificada a tutela da evidência³⁵⁶.

O conceito de "julgamento de casos repetitivos" aludido pelo art. 311, II, CPC deve ser interpretado de forma extensiva para abarcar, não somente as decisões que resolvem o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos extraordinários e especiais repetitivos, aludidas pelo art. 928, I e II, CPC, mas todas as decisões derivadas de técnicas previstas na Constituição Federal e na lei para a resolução uniforme de casos que se repetem em inúmeros processos judiciais ou que, por sua grande repercussão social (art. 947, CPC), tem aptidão de se repetir. O texto do art. 928, parágrafo único, CPC, permite tal interpretação extensiva ao dispor que o julgamento de casos repetitivos pode ter "por objeto questão de direito material ou processual"³⁵⁷. Além disso, o objetivo da regra estabelecida pelo art. 311,

defende que: "A mera existência de direito líquido e certo, porém, não é suficiente para a concessão da tutela da evidência. Exige-se, também, a existência de precedente ou súmula vinculante aplicável ao caso concreto. Como se terá oportunidade de examinar mais detidamente adiante, o CPC implanta um sistema de precedentes vinculantes (assim entendidos os julgamentos produzidos em casos repetitivos – recursos excepcionais repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas – e incidente de assunção de competência). Além disso, existem os enunciados de súmula vinculante (art. 103-A da Constituição da República e Lei no 11.417/2006). Pois os precedentes e enunciados de súmula vinculante estabelecem padrões decisórios capazes de permitir que casos equivalentes recebam soluções equivalentes (*to treat like cases alike*), estabelecendo-se a partir daí uma padronização das decisões, a fim de assegurar previsibilidade (que é elemento essencial do direito fundamental à segurança jurídica) e isonomia (afinal, se todos são iguais perante a lei, é preciso que casos iguais recebam decisões iguais). [...] Em casos nos quais o demandante demonstre, com sua petição inicial, ter direito líquido e certo, e exista precedente ou enunciado de súmula vinculante aplicável ao caso, justifica-se o deferimento de tutela provisória (da evidência), por ser muito provável que tenha ele razão e que seu pedido venha a ser julgado procedente".

³⁵⁵ Cf. arts. 984, §2º e 1.036, §5º, CPC.

³⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 625.

³⁵⁷ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela da evidência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123-124: "O conceito de 'julgamento de casos repetitivos' é previsto no art. 928 CPC, englobando as decisões proferidas em incidentes de resolução de demandas repetitivas e em recursos especial ou extraordinários repetitivos. Cuida-se, segundo o parágrafo único deste artigo, de julgamentos que têm por objeto 'questão de direito material ou processual'. Em razão da amplitude do conceito indicado no art. 928, parágrafo único, é possível a concessão da tutela da evidência também quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula suasória do Pretório Excelso ou do STJ. Em todos esses casos, verifica-se a fixação de entendimento sobre 'questão de direito material ou processual' com a finalidade de solucionar de maneira uniforme casos repetitivos."

II, CPC, foi o mesmo daquela consagrada pelo art. 927, CPC, qual seja, assegurar que casos idênticos sejam decididos de forma igual, garantindo, dessa forma, a isonomia entre os jurisdicionados e a previsibilidade das decisões judiciais.

A parte que apresenta como fundamento jurídico de seu pedido a tese vinculante fixada pelo tribunal e que prova, por meio de documentos, a ocorrência de fatos do mesmo tipo daqueles que embasam a referida proposição, demonstra, ao mesmo tempo, a probabilidade de deferimento de seu requerimento e a improbabilidade de êxito de seu oponente³⁵⁸.

Caso o réu ou reconvinido se limite a reiterar os argumentos que foram refutados pela tese jurídica vinculante estabelecida pelo tribunal estará litigando de má-fé, por apresentar “defesa infundada ou resistência injustificada”. Neste caso, as modalidades de tutela da evidência previstas nos incisos I e II do art. 311 se confundem, não sendo razoável impor ao autor ou reconvinente o ônus do tempo do processo, impedindo-o de usufruir o bem da vida, enquanto a contraparte se beneficia com a preservação da situação existente no momento do ajuizamento da ação³⁵⁹.

A decisão que concede essa modalidade de tutela da evidência não pode se limitar a invocar os documentos apresentados pelo requerente e o precedente ou enunciado de súmula vinculante em que se baseia, devendo identificar os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do precedente empregado e demonstrar que o caso em julgamento se ajusta a estes, sob pena de nulidade, por falta de fundamentação (art. 489, §1º, V, CPC)³⁶⁰.

Para evitar a nulidade, a decisão que indeferir esse tipo de tutela da evidência deve trazer, em sua fundamentação, as razões pelas quais deixou de seguir o enunciado de súmula, a jurisprudência ou o precedente invocado pela parte. Assim deve demonstrar distinção entre o caso em julgamento e o paradigma, ou a superação da tese fixada pelo tribunal (art. 489, §1º, VI, CPC)³⁶¹.

³⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 625.

³⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 625-626.

³⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 626.

³⁶¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 626.

A decisão que outorga a tutela da evidência baseada em documento e precedente vinculante é provisória, razão pela qual sua efetivação “observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”. Assim, se estiver fundamentada em “súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos”, pode dispensar a caução para “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado” (arts. 297, parágrafo único; 520, IV; e 521, IV, CPC). Entretanto, “a exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação” (art. 521, parágrafo único, CPC)³⁶².

A apelação interposta contra sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória de evidência baseada em documento e precedente vinculante não tem efeito suspensivo automático. Nesse aspecto, o CPC inova, pois, “basta que o juiz conceda essa modalidade de tutela provisória no bojo da sentença para que a apelação seja despida de suspensividade”³⁶³. Entretanto, o apelante ou terceiro interessado pode requerer a atribuição de efeito suspensivo à apelação se “demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação”. O requerimento de efeito suspensivo deve ser feito ao “tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la”, ou ao “relator, se já distribuída a apelação” (art. 1.012, §3º, I, II, §4º; e 1.013, §5º, CPC).

O apelante somente poderá impugnar a sentença que confirma ou concede essa tutela da evidência baseada em documento e em precedente vinculante demonstrando, nas razões de seu recurso, que o caso em julgamento difere daquele que originou o precedente, ou que a tese fixada pelo tribunal encontra-se desatualizada em razão de alterações na legislação ou de mudanças culturais, ou que o documento apresentado pelo autor não prova as alegações de

³⁶² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, e-book, p. 239: “[...] não será exigida a caução prevista no inciso IV do art. 520, se a sentença estiver em conformidade com a tese estabelecida no julgamento de casos repetitivos, nos termos do art. 521, inciso IV, Lei 13.105/2015.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 626.

³⁶³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 626.

fato deste. Caso venha a apresentar outros argumentos, o relator julgará a apelação improcedente, monocraticamente, por ser contrária à “súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal”, ou a “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos”, ou a “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência” (art. 932, IV, CPC). Neste caso, o relator confirmará a sentença de primeira instância pelos seus próprios fundamentos³⁶⁴.

A regra do art. 932, IV, CPC também se aplica ao agravo de instrumento, ao recurso especial e ao recurso extraordinário interposto contra decisão que outorga esse tipo de tutela da evidência, razão pela qual o relator julgará monocraticamente o recurso improcedente, pelas mesmas razões³⁶⁵.

“A concessão da tutela da evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015, independe do trânsito em julgado da decisão paradigma”³⁶⁶.

O art. 311, II, CPC, não exige o trânsito em julgado da decisão que fixou a tese relativa aos casos repetitivos para que esta possa ser utilizada como fundamento para a concessão da tutela da evidência³⁶⁷.

³⁶⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, e-book, p. 239: “O art. 932, incisos IV, b, e V, c, do Código de Processo Civil, autorizam o relator a julgar monocraticamente os recursos, para negar ou dar provimento, quando versarem sobre matéria já pacificada mediante o julgamento de IRDR ou RR, devendo, contudo, oportunizar as contrarrazões, se for o caso de provimento.”. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 626-627.

³⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 627.

³⁶⁶ Cf. Enunciado n.º 31, da ENFAM. ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Seminário - O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil: enunciados aprovados. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

³⁶⁷ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela da evidência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 124: “Parte da doutrina entende ser necessário o trânsito em julgado da decisão paradigma a fim de que possa ser invocada como fundamento para a tutela da evidência indicada no art. 311, II, CPC. No entanto, essa exigência não encontra previsão legal, estabelecendo a lei, como pressuposto para o provimento liminar, apenas que a tese tenha sido firmada em julgamento de casos repetitivos, sem qualquer menção ao trânsito em julgado. Não se afigura razoável, por exemplo, impedir que seja invocada para dar lastro à tutela da evidência decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, adotada sob a sistemática dos arts. 1.036 e ss. CPC, tão somente porque pendem de análise embargos de declaração opostos em face do acórdão prolatado.”.

7.3 Prova documental de contrato de depósito

O art. 311, III, CPC permite a outorga de tutela provisória de evidência quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”³⁶⁸. Embora não previsto de forma expressa pelo dispositivo, outro requisito necessário para a concessão da tutela da evidência, neste caso, é a prova documental da mora na entrega do objeto custodiado³⁶⁹, pois, se não houver atraso no cumprimento da obrigação o autor não tem interesse de agir, já que a ação judicial não se faz necessária (art. 17, CPC).

O legislador CPC extinguiu o procedimento especial da ação de depósito, outrora disciplinado pelos arts. 901 a 906, CPC/1973 e, em substituição, previu que o direito à restituição de coisa, decorrente de contrato de depósito, fosse amparado por meio do procedimento comum, devendo-se aplicar a regra de tutela específica do art. 498, CPC³⁷⁰.

O art. 311, III, e parágrafo único, CPC/2015, preservou, ao menos no que concerne ao depósito convencional, a técnica da tutela provisória e liminar de evidência, anteriormente adotada pelo art. 902, CPC/1973. Este dispositivo, que se aplicava também ao depósito decorrente Lei, exigia somente a prova “literal”, isto é, escrita, do depósito, para que o juízo determinasse ao réu a entrega da coisa, seu depósito em juízo ou a consignação do equivalente em dinheiro³⁷¹.

³⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 627.

³⁶⁹ O enunciado n.º 29, da ENFAM dispõe que: "Para a concessão da tutela da evidência prevista no art. 311, III, CPC, o pedido reipersecutório deve ser fundado em prova documental do contrato de depósito e também da mora". ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Seminário - O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil: enunciados aprovados. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

³⁷⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 627. No mesmo sentido, José Miguel Garcia Medina observa que: "No caso referido no inc. III do art. 311 CPC, está-se diante de mecanismo que, em certa medida, faz as vezes da ação de depósito, antes prevista nos arts. 901 e ss. CPC/1973. De acordo com o art. 627 do CC/2002, através do depósito "recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame". A hipótese é específica (relativa ao contrato de depósito), contentando-se a lei com a demonstração do fato constitutivo do direito do autor (por "prova documental adequada"), para a concessão da tutela da evidência". MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 502.

³⁷¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 627.

Segundo o art. 311, III, CPC, o requerimento de cumprimento de obrigação de entregar coisa criada por contrato de depósito, que esteja acompanhado de prova documental, permite a outorga de tutela provisória de evidência³⁷².

Embora o art. 311, III, CPC se refira a "contrato de depósito", entendemos que este dispositivo deve ser interpretado extensivamente para abranger não somente o depósito voluntário (arts. 627 a 646, CC), mas também o necessário (art. 647 a 652, CC), isto é, aquele "que se faz em desempenho de obrigação legal" e aquele que "que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque" (art. 647, CC). Assim, o juízo deverá deferir o "pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do" depósito necessário ordenando que o depositário entregue ao depositante o objeto custodiado. O depósito voluntário deve ser provado por documento escrito, para que seja deferida a tutela da evidência consagrada pelo art. 311, III, CPC, tendo em vista que o art. 646, CC estabelece que "o depósito voluntário provar-se-á por escrito". Embora o depósito miserável (art. 647, II, CC) possa ser provado por qualquer meio, inclusive prova testemunhal (art. 648, parágrafo único, CC), somente a prova documental adequada deste poderá ensejar a concessão da tutela da evidência disciplinada pelo art. 311, III, CPC. Importa salientar que, neste caso, o documento que serve de meio de prova não terá de ser necessariamente escrito, podendo consistir em filme ou fotografia³⁷³.

A comprovação das alegações de fato através de "prova documental adequada do contrato de depósito" é requisito essencial da outorga da medida. Entretanto, para que o juízo chegue à conclusão de que a procedência do direito alegado pela parte é altamente provável, é preciso que haja mora *ex re* – fim do prazo certo –, ou mora *ex persona*, que se constitui por meio de interpelação, se ainda não ocorreu a citação, pois esta constitui o devedor em mora. A

³⁷² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 627.

³⁷³ CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 169: "O terceiro caso de concessão de tutela da evidência (art. 311, III) é o da 'ação de depósito' (nome tradicionalmente empregado para designar a demanda que, fundada em prova documental do contrato de depósito, tem por objeto a restituição da coisa depositada). [...] o depósito voluntário só se prova por escrito (art. 646 do CC), regra também aplicável ao contrato de depósito necessário legal (arts. 647, I e 648 do CC). O depósito miserável (art. 647, II, do CC) é demonstrável por qualquer meio de prova (art. 648, parágrafo único, do CC). Assim, nos casos de demanda fundada em contrato de depósito voluntário ou de depósito necessário legal, a "prova documental adequada" a que se refere o art. 311, III terá, necessariamente, de ser prova escrita. Já no caso de demanda fundada em depósito miserável, será admitida qualquer prova documental, ainda que não escrita (como, por exemplo, fotografias ou vídeos)".

mora *ex persona* deve ser provada por meio do instrumento da interpelação correspondente, anexado à petição inicial³⁷⁴.

O contrato de depósito será título executivo extrajudicial quando seu instrumento for escritura pública (art. 784, II, CPC), ou, sendo documento particular, for assinado pelo devedor e por duas testemunhas (art. 784, III, CPC). Entretanto, mesmo nesse caso, o depositante tem interesse em ajuizar ação de conhecimento, baseada no contrato, com o objetivo de conseguir sentença que condene o depositário à entregar a coisa depositada (art. 785, CPC) e, devendo o juízo conceder a tutela da evidência liminar disciplinada pelo art. 311, III, e parágrafo único, CPC, desde que esta tenha sido requerida pelo autor³⁷⁵.

A lei somente permite, de modo provisório, a tutela específica do pedido reipersecutório, mas não a condenação ao pagamento do equivalente pecuniário. Da mesma forma, a conversão da obrigação de entrega da coisa depositada em perdas e danos exige mais do que a apresentação do instrumento do contrato de depósito. Faz-se necessária, ainda, prova da impossibilidade do cumprimento da obrigação originária, bem como de provimento jurisdicional que garanta resultado prático equivalente. A conversão também pode dar-se a pedido do autor ou do reconvinte (art. 499, CPC), contudo, configura pretensão de condenação em pagamento de quantia, que, como se viu, não pode ser deferida em caráter provisório³⁷⁶.

Embora o art. 311, III, CPC, preveja, tão somente, a multa cominatória como meio de constranger o depositário a entregar o objeto custodiado, o juízo pode, com base nos artigos 297, 520, §5º, e 536, CPC, determinar a busca e apreensão ou qualquer outra medida que se configurar adequada, necessária e razoável tendo em conta o caso concreto³⁷⁷.

³⁷⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 627.

³⁷⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 628.

³⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 628.

³⁷⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 628.

7.4 Prova documental sem contraprova suficiente

O art. 311, IV, CPC permite a outorga de tutela provisória de evidência quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”³⁷⁸.

A concessão dessa modalidade de tutela da evidência exige a satisfação de dois requisitos:

- 1) O autor ou reconvinte deve apresentar, em anexo da petição inicial ou da contestação, prova documental ou documentada – emprestada ou antecipada – com suficiente poder de demonstração³⁷⁹ dos fatos constitutivos de seu alegado direito material³⁸⁰, ou pleitear direito baseado em fatos notórios, confessados, incontroversos, ou em cujo favor milita presunção legal absoluta de existência ou de veracidade (art. 374, CPC).
- 2) O réu ou reconvindo deve deixar de apresentar, juntamente com sua contestação, prova documental ou documentada idônea a produzir “dúvida razoável” a respeito: “a) do fato constitutivo do direito do autor; ou b) do próprio direito do autor” – o que ocorrerá quando a evidência demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo deste (art. 350, CPC)³⁸¹.

Neste caso, a evidência do direito do autor apta a ensejar a concessão da tutela provisória antecipada (satisfativa) decorre das provas documentais e/ou documentadas apresentadas pelo autor com a petição inicial e da ausência de provas apresentadas pelo réu com a sua contestação³⁸².

³⁷⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 628.

³⁷⁹ Aderimos à concepção metajurídica da prova que defende a natureza demonstrativa e não meramente persuasiva desta. A respeito deste entendimento, cf. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 86-87.

³⁸⁰ Em sentido diverso, entendendo que a prova documentada não pode ensejar a concessão da tutela da evidência disciplinada pelo art. 311, IV, CPC, mas, tão somente, a prova documental, CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 169, afirma que: "Trata-se de mais um caso de tutela da evidência fundada em direito líquido e certo (isto é, em direito cujo fato constitutivo é demonstrável através de prova documental preconstituída)".

³⁸¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 629.

³⁸² CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 169-170: "nesta hipótese [...] a tutela da evidência exige que, além da prova documental suficiente a acompanhar a petição inicial, não tenha o demandado sido capaz de apresentar, com a contestação, elementos de prova capazes de gerar dúvida razoável acerca da veracidade das alegações feitas pelo autor a respeito dos fatos da causa. Pois nesse caso, da soma dos elementos probatórios trazidos pelo autor e da falta de elementos convincentes trazidos pelo réu extrai-se a probabilidade máxima (evidência) da existência do direito substancial alegado pelo demandante".

Assim, ainda que o réu ou reconvindo conteste os fatos jurígenos alegados pelo autor ou reconvinte e requeira, em sua peça de defesa, a produção de provas que ainda não estejam consignadas em um documento, não evitará o deferimento da tutela da evidência em favor do autor, se não apresentar prova documental ou documentada no prazo da contestação (art. 335, CPC), ou no de resposta à reconvenção (art. 343, §1º, CPC). O mesmo ocorrerá se as provas documentais ou documentadas apresentadas pelo réu ou reconvindo, no momento oportuno, não tiverem força suficiente para demonstrar a inoccorrência dos fatos jurígenos provados pelo autor ou reconvinte, através de documentos, ou a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da contraparte³⁸³.

O juízo deverá conceder a tutela da evidência do direito alegado pelo autor ou pelo reconvinte sempre que considerar insuficiente a contraprova documental ou documentada apresentada pelo réu ou reconvindo, ainda que este requeira a produção de outras provas pertinentes. Neste caso, o órgão jurisdicional deferirá a produção destas, após a concessão da tutela da evidência³⁸⁴.

Caso o réu ou reconvindo venha a apresentar prova documental ou documentada, no prazo para sua defesa, incapaz de gerar “dúvida razoável” sobre o direito do autor, cujos fatos constitutivos encontram-se provados por prova documental, e deixe de requerer a produção de outras provas, no mesmo prazo, o juízo deverá conceder a tutela provisória de evidência a favor do autor, caso entenda ser necessária a produção de mais provas de ofício³⁸⁵. Nesta hipótese, a produção oficiosa de prova deverá ocorrer após a concessão da tutela da evidência.

³⁸³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 629.

³⁸⁴ Em sentido contrário, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 629, afirma que: “[...] se a contraprova documental do réu é insuficiente, mas ele requer a produção de outros meios de prova, não é autorizada a concessão da tutela provisória de evidência, que pressupõe que se trate de causa em que a prova de ambas as partes seja exclusivamente documental. Nesses casos, o juiz prosseguirá com a determinação da coleta de novas provas em favor do réu”.

³⁸⁵ O juiz deve procurar compensar as deficiências probatórias do réu ou reconvindo, por meio da produção de provas de ofício, quando as circunstâncias econômicas e sociais impuserem desigualdade entre as partes. Neste caso, o produção de provas de ofício promove a igualdade entre os sujeitos parciais do processo. Nesse sentido, GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2015, afirma que: “As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses. Essa equalização é particularmente importante quando entre as partes exista relação fática de subordinação ou dependência, como nas relações de família, de trabalho, de consumo.”.

Não é o caso do julgamento antecipado do mérito previsto pelo art. 355, I, CPC. Este somente ocorrerá se o juízo considerar que não há necessidade da produção de provas de ofício³⁸⁶.

7.5 Estabilização da tutela da evidência no mandado de segurança

A tutela provisória baseada apenas em evidência somente pode ser requerida e concedida em caráter incidental, já que não existe, nesta hipótese, a urgência que justifica a apresentação de uma petição inicial incompleta, passível de emenda após a concessão da tutela provisória³⁸⁷. Apesar disso, pode se estabilizar, caso o autor manifeste interesse na estabilização, em sua petição inicial, na eventualidade de o réu deixar de impugnar a decisão concessiva, por qualquer meio, no prazo do recurso cabível, e isto, de fato, vier a ocorrer. Aplica-se à tutela da evidência, por analogia, o regime de estabilização, revisão, reforma e invalidação previsto pelo art. 304, CPC, para a tutela provisória de urgência antecipada antecedente. Assim, o processo será extinto sem resolução do mérito, por meio de uma sentença terminativa, e a tutela da evidência se estabilizará se o autor manifestar, em sua petição inicial, interesse na estabilização da tutela da evidência e, uma vez concedida esta, por meio de uma decisão interlocutória de mérito, o réu deixar de impugná-la, por qualquer meio, no prazo do recurso cabível. Entretanto, qualquer das partes poderá ajuizar ação visando a rever, reformar ou invalidar a tutela da evidência estabilizada, no prazo de dois anos³⁸⁸.

³⁸⁶ Em sentido contrário, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 629, defende que: “se a contraprova documental do réu é insuficiente e ele não requer a coleta de outras provas, fica autorizado o julgamento antecipado do mérito da causa (art. 355, I, CPC), com a concessão de tutela definitiva, mediante cognição exauriente. Trata-se de hipótese de tutela da evidência inevitavelmente definitiva, que se confunde com o julgamento antecipado do mérito e que fora, equivocadamente, colocada no rol de hipóteses de tutela provisória.”

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 214. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 155 e 170. Em sentido contrário, entendendo que a tutela provisória de evidência pode ser requerida e concedida em caráter antecedente, REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, a. 40, v. 244, p. 167-194, jun./2015. Também em sentido contrário, BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela da evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 139-147.

³⁸⁸ Segundo, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 512: “[...] convém indagar acerca da possibilidade de estabilização da tutela da evidência (art. 311). [...] não vemos qualquer razão para que seja tolhida essa possibilidade. Na tutela da evidência, em razão da grande probabilidade do direito em favor do autor, também deve ser permitida a técnica da estabilização, evitando-se, com isso o prosseguimento do processo, caso não haja um recurso contra a decisão que a concede.” No mesmo sentido, REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 40, v. 244, p. 167-194, jun./2015.

Assim, entendemos que, nesse caso, a liminar em mandado de segurança que consista em tutela provisória de evidência (ou em tutela provisória de evidência e de urgência) deve se estabilizar caso a Fazenda Pública deixe de oferecer qualquer tipo de impugnação à mesma e à própria ação no prazo legal para interpor o recurso cabível.

7.6 Fungibilidade entre a tutela da evidência e a tutela de urgência no mandado de segurança

Caso o autor narre e demonstre *periculum in mora* e peça, tão somente, tutela provisória de evidência, em sua petição inicial do mandado de segurança, ou em petição posteriormente apresentada no processo do *mandamus*, mas não logre demonstrar a evidência de seu direito, nos estritos termos do art. 311, CPC, o juiz deve conceder a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidental, se verificar que seus requisitos estão presentes. Da mesma forma, tendo o autor requerido, na exordial do mandado de segurança, ou em petição posteriormente apresentada no processo do *mandamus*, unicamente, tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidental, mas demonstrado a evidência de seu direito, tal como definida pelo referido artigo, o juiz deverá conceder a tutela da evidência. Trata-se de corolário do princípio do acesso ao direito material por meio do processo judicial, também chamado de princípio da efetividade do processo (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) ³⁸⁹. Deve-se mencionar que o pedido de tutela provisória de urgência ou de evidência posterior à apresentação da petição inicial apenas se justifica e somente pode ser deferido, caso a situação de urgência ou de evidência tenha se caracterizado em momento posterior. No processo do mandado de segurança, o requerimento de tutela provisória geralmente é feito na forma do requerimento da liminar prevista pelo art. 7º, III, Lei 12.016/2009.

³⁸⁹ BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. I Jornada de Direito Processual Civil. (Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017). Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2017: “Enunciado 45 – Aplica-se às tutelas provisórias o princípio da fungibilidade, devendo o juiz esclarecer as partes sobre o regime processual a ser observado.”

8 LEGITIMIDADE PASSIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA, AUTORIDADE COATORA E COMPETÊNCIA

A doutrina e a jurisprudência se dividem em três grandes correntes sobre o legitimado passivo no mandado de segurança, que podem ser assim sintetizadas: a primeira, à qual nos filiamos, sustenta que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, uma vez que o agente ocupante do cargo público é o responsável pelo ato que submete a pessoa jurídica à condição de ré³⁹⁰; a segunda corrente argumenta que o próprio

³⁹⁰ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 846.581-RJ da Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 19/08/2008. *DJe* 11.9.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. Alexandre Câmara sustenta que “a legitimidade passiva para a demanda de mandado de segurança é exclusivamente da pessoa jurídica a que pertence a autoridade apontada como responsável pelo ato coator. Observa que a legitimidade *ad causam* passiva é – ao menos ordinariamente – atribuída a quem é sujeito da relação jurídica de direito material deduzida no processo. Afinal, é perante tal sujeito que a providência jurisdicional postulada pelo demandante vai produzir efeitos”. Segundo o autor, não faria sentido “atribuir-se a legitimidade ordinária a sujeito diverso daquele que teria de suportar os efeitos jurídicos decorrentes de um provimento jurisdicional adverso”. Segundo Alexandre Câmara, “uma análise perfunctória do que ocorre na demanda do mandado de segurança já permite verificar que o provimento jurisdicional postulado pelo impetrante busca produzir seus efeitos sobre a esfera jurídica da pessoa jurídica [...], e não sobre a esfera de direitos da autoridade coatora”. Um exemplo demonstra isso: pense-se em um mandado de segurança contra ato de Secretário de Saúde que tenha por objeto o fornecimento de medicamentos. Trata-se de hipótese bastante frequente na prática judiciária”. Veja-se, v. g., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 842866/MT da Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 12/06/2007. *DJ* 03/09/2007, p. 127. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 06 jul. 2014. Julgado precedente o pedido de concessão do mandado de segurança, caberá ao Estado, e não ao Secretário de Saúde pessoalmente, fornecer os medicamentos a que o demandante tem direito. Alexandre Câmara observa que a lei poderia ter previsto um caso de substituição processual para o processo do Mandado de Segurança, “em que a autoridade coatora atuaria no exercício de uma legitimidade extraordinária, defendendo – em nome próprio – interesse alheio”. Isso, porém, seria incompatível com o fato de que, uma vez proferida a sentença, cabe à pessoa jurídica, e não à autoridade coatora, a legitimidade para recorrer. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no ARES 72398/RO da Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 10/04/2012. *DJe* 23/04/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. Ementa: “[...] 2. A Primeira Seção do STJ pacificou o entendimento de que a intimação do Procurador da Fazenda Nacional se faz necessária, uma vez que a autoridade coatora é notificada para prestar informações e a legitimidade para recorrer é da pessoa jurídica de Direito Público afetada pela concessão do writ. [...]”. Afinal, não haveria nenhum sentido em se atribuir à autoridade coatora a posição de substituto processual da pessoa jurídica apenas até a prolação da sentença, não lhe cabendo prosseguir em sua atuação no processo a partir daí. Não haveria razão para se cogitar de “meia” substituição processual. Pelo mesmo motivo, não haveria razão para se pensar em litisconsórcio necessário entre a pessoa jurídica e a autoridade coatora. Entretanto, a crítica do autor não se sustenta após a vigência Lei 12.016/2009, cujo art. 14, §2º, estendeu o direito de recorrer à autoridade coatora. A favor da tese de que a pessoa jurídica seria a única legitimada passiva no mandado de segurança, Alexandre Câmara argumenta que a petição inicial deste processo deve indicar a pessoa jurídica a que pertence a autoridade apontada como coatora, nos termos do art. 6º Lei 12.016/2009. Da mesma forma, o art. 7º, II, Lei 12.016/2009 determina que o juízo da causa ordene, ao despachar a inicial, que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, o que equivaleria a uma verdadeira citação. “Além disso, o art. 9º, Lei 12.016/2009 diz expressamente que incumbe à autoridade coatora fornecer à pessoa jurídica a que está vinculada elementos para que essa promova a defesa do ato impugnado através do mandado de segurança. Ora, parece claro que se à pessoa jurídica cabe a defesa do ato, é porque a ela cabe ocupar a posição passiva na demanda de mandado de segurança. Afinal, [...] é ao demandado que cabe apresentar defesa. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55-57. Luiz Fux, embora reconheça que a literalidade dos mencionados dispositivos sugere a adoção da tese de existência de litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica interessada, defende que a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora é a única legitimada passiva no mandado de segurança. Segundo o atual ministro do STF, entender-se de modo contrário “culminaria em inúmeros transtornos processuais ao impetrante, evidentemente incompatíveis

agente coator seria o legitimado passivo³⁹¹; a terceira corrente, por sua vez, entende que há um litisconsórcio passivo entre o agente coator e a pessoa jurídica a ele vinculada³⁹². Existe

com a sumariedade e a celeridade, pressupostos imprescindíveis deste instrumento garantístico representado pela ação ora *sub examine*". O autor sustenta que "a autoridade coatora, de regra, não detém capacidade processual nem personalidade judiciária. É apenas a responsável pelo ato que faz reclamar a impetração do *writ*. A pessoa jurídica a que pertença, por seu turno, ostenta *legitimatío ad causam* e *ad processum*, ou seja, tem legitimação e capacidade de ser parte e de estar em juízo. Consequentemente, o que a Lei 12.016/2009 explicitou é que a parte é a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, embora, nos dispositivos já citados, permita à esta praticar outros atos além da prestação de informações, reforçando a defesa da entidade pública ou de quem lhe faça as vezes. [...] Assim, v. g., o art. 14, §2º, Lei 12.016/2009, estende o direito de recorrer à autoridade coatora". Da mesma forma, o art. 9º, determina que, notificada do deferimento da liminar, a autoridade coatora deve remeter cópia autenticada do respectivo mandado ao Ministério ou órgão a que se achar subordinada e a quem couber a representação judicial da entidade que integre, assim como indicações e outros elementos necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder, no prazo de 48 horas. FUX, Luiz. **Mandado de segurança**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 26-27.

³⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 993.272-AM da Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/05/2009. *DJe* 29.6.2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 935 sustenta que a autoridade coatora, responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público é a única legitimada passiva e impetrada no mandado de segurança.

³⁹² Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald, Gilmar Ferreira Mendes e Rodrigo Garcia da Fonseca defendem que o impetrado, no mandado de segurança, é a autoridade coatora, "a quem se determina a prestação de informações no prazo Lei, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício – a qual, contudo, a partir da edição Lei 12.016/2009, deve ser necessariamente cientificada do feito, de acordo com o art. 7º, II, podendo ingressar no mandado dentro do prazo para as informações, como litisconsorte do impetrado". Arnaldo Wald, Gilmar Ferreira Mendes, e Rodrigo Garcia da Fonseca, atualizadores da clássica obra de Hely Lopes Meirelles defendem que os arts. 6º e 7º, II, Lei 12.016/2009 encerraram a controvérsia acerca da legitimidade passiva no mandado de segurança ao deixarem claro que "a autoridade coatora é a impetrada, enquanto a pessoa jurídica de direito público, cujos quadros o coator integra, é litisconsorte passiva necessária, de modo que, ingressando no feito, figurará ao lado da autoridade impetrada, sem substituí-la ou excluí-la da lide". Segundo os mencionados autores, a pessoa jurídica era simples assistente da autoridade coatora, na vigência Lei 1.533/1951. Na vigência Lei 1.533/1951, se entendia que a pessoa jurídica deveria ser cientificada da impetração de mandado de segurança contra autoridades federais e estaduais, "ainda que o impetrado fosse o chefe do Executivo porque este não representa em juízo a entidade que governa, a qual só pode ser representada judicialmente por seus procuradores (art. 12, I, CPC). Mas quanto ao município a situação é diferente, porque o prefeito é também o seu representante em juízo (art. 12, II, CPC); e, assim, quando ingressa no processo já representa a Fazenda Municipal para todos os efeitos legais. Portanto, há que se distinguir a posição processual da entidade a que pertence o impetrado, pois a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios só ingressarão nos autos, como litisconsortes, por seus procuradores, ao passo que o Município já integra a lide com o ingresso do prefeito no processo". No Estado do Rio de Janeiro, o art. 228 do Código de Organização e Divisão Judiciárias estabelece que a Procuradoria-Geral do Estado deve ser ouvida sempre que o mandado de segurança for impetrado contra ato de autoridade administrativa estadual. O processo é nulo se não houver a intimação da procuradoria. Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ap. Civ. 2.041/1991, Rel. Des. Sérgio Mariano, j. 27/08/1991. RDTJRJ, v. 12, p.223. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. "Se, porém, a autoridade impetrada e informante não for o prefeito, o Município não integrará a lide enquanto não o requerer por seu representante legal". Segundo Wald, Mendes e Fonseca, "essa discussão perdeu o interesse, pois a Lei 12.016/2009 manda dar ciência, em todos os casos, ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica representada, que, para esse fim específico, passa a ter poderes para receber citação, independentemente da regulamentação administrativa da matéria". Segundo Meirelles, Wald, Mendes e Fonseca, "a autoridade coatora será sempre parte na causa, e, como tal, deverá prestar e subscrever pessoalmente as informações no prazo de dez dias, atender às requisições do juízo e cumprir o determinado com caráter mandamental na liminar ou na sentença. Estendeu-se-lhe, ainda, o direito de recorrer, nos termos do art. 14, §2º, Lei 12.016/2009. Quanto aos efeitos patrimoniais da decisão final, serão suportados pela Fazenda Pública atingida pelo ato coator, esteja ou não representada no processo. Por outras palavras, a execução específica ou in natura do mandado cabe à autoridade coatora e os efeitos patrimoniais da condenação tocam à

ainda uma variação da primeira corrente, segundo a qual o agente coator é mero informador no processo do mandado de segurança³⁹³.

A primeira corrente tem como fundamento o art. 2º Lei n. 12.016/2009, porquanto referido dispositivo assenta expressamente que as consequências patrimoniais decorrentes da ilegalidade ou do abuso de poder serão suportadas pela pessoa jurídica e não pela pessoa física que exerce a função pública em seu nome³⁹⁴. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já decidiu encampando a referida tese³⁹⁵. Alguns defensores deste entendimento propugnam que o agente coator é mero fornecedor de informações no curso do processo, razão pela qual se justifica a necessidade de citar a pessoa jurídica (e não apenas notificar a autoridade coatora),

entidade a que pertence o coator. Em face dessa situação processual estabelecida pela lei, ficou dispensada a citação da Fazenda, bastando a notificação da autoridade coatora e a ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica para a instauração da lide. A dispensa da citação, conquanto constitua uma anomalia procedimental, encontra justificativa na necessidade de simplificação e celeridade do processo do mandado de segurança e na especificidade da sua natureza". Cf. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 241.879/PB da Sexta Turma, rela. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/10/2006. DJU 30.10.2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 69-70.

³⁹³ FUX, Luiz. Mandado de segurança. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 25.

³⁹⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 218-219: "a autoridade coatora não responde pelas consequências patrimoniais do mandado de segurança, mas sim a pessoa jurídica a que esta pertence. Logo, em nome das garantias fundamentais do devido processo legal e do contraditório, deve ser ré do *mandamus* a pessoa jurídica, a fim de que possa exercer seus direitos processuais consagrados no artigo 5º, incisos LIV e LV, Lei Maior. no artigo 7º, inciso II, Lei n. 12.016, há a previsão da cientificação do órgão de representação da pessoa jurídica, o que é interpretado, na prática, como a necessidade de sua intimação, demonstrando que é imprescindível a convocação da pessoa jurídica ré ao *mandamus*, sob pena de ofensa ao devido processo legal e ao contraditório. Ademais, a autoridade não pode ser parte dessa demanda, considerando novamente a teoria do órgão, já que sua atuação administrativa se dá em nome da própria pessoa jurídica. Note-se, outrossim, que não pode haver litisconsórcio, porque a autoridade coatora é convocada apenas para esclarecer seu ato, prestando informações, não tendo um papel propriamente de defesa da Administração em juízo. O artigo 14 Lei n. 12.016 prevê que a autoridade coatora possui legitimidade para recorrer no mandado de segurança. Tal regra poderia equivocadamente conduzir à conclusão da criação de legitimidade passiva à autoridade, mas com efeito, está apenas consagrando que esta última pode ser considerada um terceiro prejudicado pela decisão, da mesma forma que o artigo 996 CPC de 2015 admite a legitimidade recursal do terceiro. Um exemplo em que poderia surgir um interesse no recurso da autoridade seria quando concedida a segurança, porque o julgador entendeu que houve ato ilícito da autoridade coatora. Esta, temerosa de que seja instaurado procedimento administrativo disciplinar indevidamente, recorre, para evitar que sofra responsabilização, que pode ser inclusive criminal, dependendo da hipótese."

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 233319 AgR/PB da Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 19/08/2003. DJ 12/09/2003, p. 43. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014: "MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PARA INTERPOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade ou o órgão tido como coator, é o sujeito passivo do mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para recorrer da decisão que defere a ordem. Agravo regimental improvido."

bem como fornecer a ela a oportunidade própria para contestar (e não somente exigir a prestação de informações pela autoridade coatora)³⁹⁶.

A segunda corrente se sustenta no fato de que a notificação para prestar informações, bem como as ordens de execução da segurança ou da própria liminar são sempre endereçadas à própria autoridade coatora, em que pese os efeitos patrimoniais serem suportados pela pessoa jurídica de direito público a ela vinculada³⁹⁷.

Os defensores da terceira corrente citam como fundamentos desta os arts. 6º, *caput*; 7º, inc. I e II; e 13, *caput*; Lei 12.016/2009.

Podemos, portanto, constatar que a atual redação dos arts. 6º e 7º, da Lei 12.016/2009, gera grande divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da legitimidade passiva no processo do mandado de segurança³⁹⁸. Assim, é necessário pôr fim a tal discussão, alterando a redação dos artigos 6º e 7º, Lei 12.016/2009 que situam a autoridade coatora no polo passivo deste processo. A Lei 12.016/2009 deve deixar claro que a pessoa jurídica da qual emanou o ato impugnado é a única ré no mandado de segurança e que à autoridade coatora cabe, tão somente, prestar as informações requisitadas pelo juízo, por meio do órgão de representação judicial da pessoa jurídica ré, e cumprir as demais ordens judiciais.

³⁹⁶ FUX, Luiz. Mandado de segurança. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 25-26.

³⁹⁷ Segundo FUX, Luiz. **Mandado de segurança**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 25, essa tese desconsidera que a autoridade seja apenas agente da pessoa jurídica responsável pelo desempenho da função pública, desprezando a teoria do órgão consagrada em nosso ordenamento jurídico.

³⁹⁸ O problema também foi percebido por ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança**: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 512-513, de acordo com o qual: “A Lei 12.016, de 07.08.2009, ‘nova’ lei do mandado de segurança, ressuscita, no ponto, a solução da antiga legislação a respeito do mandado de segurança (Lei 191 de 1936 e CPC de 1939): impõe ao impetrante, na inicial, o dever de indicar a autoridade coatora e a pessoa jurídica em que esta atue (art. 6º), cabendo ao juiz notificar a autoridade coatora e dar ciência do feito à pessoa jurídica a que pertença a autoridade (art. 7º, I e II). Melhora-se, sem dúvida, o quadro existente na atual Lei 1.533/51 ao haver referência expressa sobre a posição da pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora. Mas se trata de solução absolutamente insuficiente para atuação da principiologia constitucional (de direito processual e material) que gravita em torno do mandado de segurança. Com efeito, irão continuar as mesmas discussões a respeito do grave problema – para o impetrante – da identificação da autoridade coatora e subsistirão as discussões a respeito da ilegitimidade passiva da coatora acarretar ou não a extinção do feito sem julgamento de mérito. [...] Nesse particular, reitere-se, a Lei 12.016, de 07.08.2009, não atende a nova especialidade constitucional do mandado de segurança. Limita-se a repetir montagem já existente – reconhecida e comprovadamente insatisfatória – a respeito do polo passivo, lançando tímido e pequeno passo adiante - que, aliás, contraditoriamente, ressuscita antiga solução que vigorava antes mesmo da Lei 1.533/51 – com a determinação de integração da lide da pessoa jurídica a que pertence o coator. As discussões, ao que tudo indica, vão continuar e até se complicar, pois agora, diante do novo quadro legislativo, surge a necessidade de apurar quais são as relações entre a coatora e o ente público. E, ainda continua sem solução o problema, gravíssimo, da dificuldade de “achar” a coatora na complexidade do organismo estatal, dificuldade que foi até exacerbada pela Lei 12.016, de 07.08.2009, ao prever, no art. 2º, nova regra de competência no sentido de que é considerada federal a coatora quando as consequências de ordem patrimonial do ato impugnado tiverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada. Por fim, se terá também a continuidade do dilema: o erro na indicação da autoridade coatora acarreta ou não a extinção do processo sem julgamento de mérito.”

Os particulares também podem figurar no polo passivo do mandado de segurança, desde que o ato impugnado tenha sido praticado no exercício de função pública. Por essa razão é que prevalece o entendimento na jurisprudência relativo à admissibilidade, no polo passivo do Mandado de Segurança, *v. g.*, do diretor de escola particular ou de particulares prestadores de serviço público, porquanto, o que prevalece para efeitos de legitimidade passiva é que o ato tenha feição pública³⁹⁹.

Em relação às empresas públicas e as sociedades de economia mista, que pertencem à administração indireta, prevalece o entendimento de que estas podem figurar no polo passivo do mandado de segurança – independentemente de sua condição como pessoa jurídica de direito privado, equiparando-se à autoridade pública – sempre e toda vez que, agindo em nome do Estado, no exercício de função pública, na forma dos arts. 37, caput, II e XXI, da Constituição Federal, praticarem ato ilegal ou abusivo, e desde que o ato não encerre mera atividade de gestão comercial⁴⁰⁰.

8.1. Definição de “autoridade coatora”

De acordo com o §3º do art. 6º Lei 12.016/2009, “considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”. Deve ela, de outro lado, e nos termos do art. 5º, LXIX, CRFB/1988, ser “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. A estas se equiparam, para fins de mandado de segurança, nos termos do art. 1º, Lei 12.016/2009, “os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público, somente no que concerne a essas atribuições”. O conceito de autoridade coatora deve, portanto, derivar da conjugação desses dispositivos⁴⁰¹.

O conceito legal de autoridade coatora é incompleto por não abranger os casos de impetração de mandado de segurança em caso de omissão⁴⁰². A doutrina e a jurisprudência do

³⁹⁹ FUX, Luiz. **Mandado de segurança**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24.

⁴⁰⁰ FUX, Luiz. **Mandado de segurança**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24.

⁴⁰¹ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 67-68.

⁴⁰² Os arts. 103 e 107 da Constituição do México e o art. 1º Lei de Amparo daquele país, ao contrário, fazem expressa referência à possibilidade de ajuizar amparo contra omissão de autoridade, violadora de direitos fundamentais. MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2014. MÉXICO. *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 2013.

STJ consideram que autoridade coatora é não somente aquela que pratica ou ordena o ato, mas também aquela que tem competência para praticá-lo, na hipótese de omissão⁴⁰³.

A jurisprudência diverge quanto à interpretação do art. 6º, §3º, Lei 12.016/2009. Assim, com base no referido dispositivo, a Quinta Turma do STJ reconheceu a legitimidade do Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios para figurar no polo passivo de mandado de segurança voltado contra ato daquela autoridade que atendeu à determinação exarada pelo TCU⁴⁰⁴. Em sentido contrário, a Sexta Turma do STJ entendeu que constitui parte legítima somente o Tribunal de Contas Estadual – e não o Presidente do Tribunal de Justiça – em *mandamus* impetrado contra ato da Presidência que se restringe ao cumprimento da decisão do TCE⁴⁰⁵.

Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014. Com a reforma de 2011, a Constituição mexicana passou a prever de forma expressa a possibilidade de ajuizar amparo contra omissões, além de normas e atos positivos, positivando entendimento jurisprudencial. A Lei de Amparo mexicana de 2013 simplesmente reproduziu a previsão constitucional neste sentido. GIMÉNEZ, Francisca Pou. *El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?.* *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago do Chile, n. 10, p. 97, jun. 2014. ISSN 0718-2058. Disponível em: <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/31696/33497>>. Acesso em: 18 jul. 2014. DOI: 10.5354/0718-2058.2014.31696.

⁴⁰³ ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/09*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 48. MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 91. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 21082/BA da Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi (desembargador convocado do TJSP), j. 04/11/2010. *DJe* 06/12/2010 Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 28213/DF da Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/11/2011. *DJe* 01/12/2011.

⁴⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 29.630/DF da Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 06/10/2009. *DJe* 19.10.2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

⁴⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 27.666/RJ da Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 06/08/2009. *DJe* 7.12.2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 33.019/PE da Primeira Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 08/11/2011. *DJe* 03/02/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 31158/MS da Primeira Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 15/03/2012. *DJe* 21/03/2012: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO. PRIORIDADE NO PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 62/2009. ACÓRDÃO ORIUNDO DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL QUE DEFERE A ORDEM DE SEQUESTRO DE RENDAS PÚBLICAS. PRESIDÊNCIA DAQUELA CORTE QUE APENAS DÁ CUMPRIMENTO AO ACÓRDÃO. MERA EXECUTORA DO ATO IMPUGNADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. 1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, ao argumento da ilegitimidade passiva ad causam da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. 2. No caso *sub examine*, a ordem de sequestro foi emanada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça sul-matogrossense, na medida em que deu provimento ao agravo regimental interposto por Clovis Eduardo Cox Dávila e deferiu a ordem de sequestro em maior abrangência (fls. 329-330). Logo, ressoa evidente que esse julgado substituiu a anterior decisão da Presidência do TJMS (fls. 180-192). 3. A Presidência do TJMS é mera executora do ato impugnado, razão pela qual exsurge a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo desta impetração, porquanto a autoridade coatora é quem efetivamente pratica o ato impugnado ou determina a sua prática. Essa é a exegese do § 3º do art. 6º Lei n. 12.016/2009, segundo o qual, litteratim: “[c]onsidera-se autoridade coatora

A autoridade coatora, para fins de impetração de mandado de segurança, é aquela que pratica ou ordena, de forma concreta e específica, o ato ilegal, ou, ainda, aquela que detém competência para corrigir a suposta ilegalidade⁴⁰⁶. Assim, caso a autoridade superior tenha dado ordem a uma autoridade inferior para a prática de um determinado tipo de ato, o mandado de segurança pode ser impetrado diretamente contra a primeira, já que esta teria poder para corrigir a suposta ilegalidade⁴⁰⁷. Entretanto, o responsável pela edição da norma geral e abstrata não tem legitimidade para figurar no polo passivo da ação mandamental, na medida em que a autoridade coatora deve ser aquela que pratica ou ordena a prática do ato administrativo concreto, que materializa a norma geral e abstrata anteriormente editada⁴⁰⁸. Dessa forma, não é autoridade coatora aquela que fixa as regras gerais a serem observadas pela Administração Pública, mas não tem ingerência, nem atribuição para atuar no caso concreto, estando, portanto, impedida de cumprir eventual determinação judicial⁴⁰⁹.

aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. Precedentes: AgRg no RMS 33.019/PE, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 3/2/2012; e RMS 29.719/GO, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 26/2/2010. 4. Agravo regimental não provido”. MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 72.

⁴⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 36.836/SC da Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. *DJe* 27/06/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos Edcl no Recurso em Mandado de Segurança nº 23.429/PA da Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi. *DJe* 09/04/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

⁴⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS nº 14.724/DF da Terceira Seção, Rel. Min. Campos Marques (Des. Convocado do TJPR), j. 28/08/2013. *DJe* 06/09/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. Lê-se no voto do relator: “Inicialmente, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva, porque, nos termos do art. 6º, § 3º, Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, considera-se autoridade coatora tanto aquela que tenha praticado o ato impugnado, quanto aquela da qual emane a ordem para a sua prática, o que, sem dúvida, atrai a legitimidade do Exmo. Sr. Ministro de Estado das Relações Exteriores para figurar no pólo passivo da presente ação mandamental. [...] É bem o caso em apreço, pois o Sr. Ministro das Relações Exteriores, através da Portaria nº 212, de 30/04/2008, aprovou o Regimento Interno daquela Pasta, e, no art. 161, outorgou ao Sr. Subsecretário-Geral do Serviço Exterior a atribuição de praticar os atos indicados em seus incisos, dentre os quais, a coordenação da “política administrativa do MRE” (inciso III) e promover, entre outros, os atos de “aposentadoria, excetuados os integrantes da Carreira de Diplomata” (inciso XVIII, alínea “b”)”. Lê-se na ementa do referido precedente: “MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DA ATRIBUIÇÃO DO MINISTRO DE ESTADO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. PREVISÃO DO ART. 6º, § 3º, LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI N. 12.016/2009). PRELIMINAR REJEITADA. [...] 1. Nos termos do art. 6º, § 3º, Lei do Mandado de Segurança, considera-se autoridade coatora tanto aquela que tenha praticado o ato impugnado quanto aquela da qual emane a ordem para a sua prática. [...]”.

⁴⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 15104/DF da Terceira Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25/04/2012. *DJe* 14/05/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 30536 da Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30/08/2011. *DJe*-182 de 22/09/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. Ementa: “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DE ESTUDANTES – ENADE 2009. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE NA NOTIFICAÇÃO DE ALUNO SELECIONADO PARA EXAME. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DA EDUCAÇÃO.

Não é autoridade coatora quem não ordena, mas apenas recomenda que o ato administrativo seja praticado⁴¹⁰.

No mandado de segurança impetrado em caráter preventivo, a autoridade impetrada "não é quem editou o ato normativo, e sim aquela que tem o dever funcional de responder pelo seu cumprimento, sob pena de se utilizar o *writ* para atacar o decreto ou a lei em tese"⁴¹¹.

O art. 6º, §3º, Lei 12.016/2009, evita a alegação do subordinado de ter-se limitado a cumprir ordens que recebeu do seu superior para que praticasse o ato normativo. Não obstante a lei utilize a conjunção "ou" para caracterizar a autoridade coatora, o impetrante pode "requerer a segurança simultaneamente contra quem praticou o ato normativo e contra quem" determinou, de forma específica, a sua prática⁴¹².

O superior que estabelece normas gerais para a prática do ato não é a autoridade coatora, mais sim aquela que efetivamente o pratica⁴¹³. Entretanto, o superior se torna

1. A operacionalização do Exame Nacional de Desenvolvimento do Ensino – Enade incumbe ao Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep, nos termos do art. 8º Lei n. 10.861/2004. 2. Eventuais vícios na divulgação dos nomes dos alunos selecionados, da data e do local de realização das provas do Enade não podem ser atribuídos diretamente ao Ministro da Educação. 3. Recurso ordinário ao qual se nega provimento”. O impetrante pretendia obter colação de grau em curso de nível superior, o que lhe fora vedado por não ter prestado o Exame Nacional de Desempenho de Estudantes, em razão de não ter sido notificado de forma específica e individualizada de sua seleção para participar de tal exame. A Primeira Turma do STF entendeu que o impetrante “não poderia se insurgir contra uma autoridade que não deteria ingerência nem atribuição para determinar o cumprimento de eventual ordem judicial, pois o Ministro da Educação não teria legitimidade para afastar a exigência de regularização do aluno junto àquele órgão, visto que sua atuação estaria restrita à regulamentação dos procedimentos”, não podendo, então afastar a obrigatoriedade de regularização a fim de que pudesse colar grau. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 68-69.

⁴¹⁰ FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 104 e CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 69. No mesmo sentido, já decidiu o STJ: “PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - ILEGITIMIDADE. Autoridade coatora é quem ordena a prática do ato impugnado ou se omite em praticá-lo, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução. Recurso provido para julgar extinto o processo”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 238978/PA da Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 15/02/2000. DJ 27/03/2000, p. 77. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

⁴¹¹ WALD, Arnoldo. A nova lei do mandado de segurança (Lei 12.016, de 07.08.2009). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 894, p. 15, abr. 2010. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 44.021/TO da Primeira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 19/11/2013. DJe 22/11/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. Ementa: “MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO PREVENTIVA. A lei, decreto ou qualquer ato normativo que implique exigência tributária considerada inexigível pelo contribuinte constituem ameaça suficiente para a impetração de mandado de segurança preventivo, na medida em que devem ser obrigatoriamente aplicados pela autoridade fazendária (CTN, art. 142, parágrafo único); autoridade coatora, nesses casos, não é, todavia, quem editou o ato normativo, e sim aquela que tem o dever funcional de responder pelo seu cumprimento. Recurso ordinário provido, com a determinação de que os autos sejam encaminhados ao 1º grau de jurisdição para novo julgamento”.

⁴¹² MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 72.

⁴¹³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 73: "no STJ: RMS 7.164-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 9.9.1996, p. 32.343 ('A autoridade coatora no mandado de segurança

autoridade coatora quando, notificado, defende, em juízo, o mérito do ato praticado por seu subordinado, encampando-o, portanto⁴¹⁴.

O art. 6º, §3º, Lei 12.016/2009 deve ser conjugado com o art. 1º, §2º, III, Lei 9.784/1999 que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”. Este dispositivo define autoridade como “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”. Assim, para ser considerado como autoridade coatora o agente público precisa ter poder de decisão sobre a prática ou a abstenção do ato impugnado⁴¹⁵. Aquele que simplesmente procede à execução material do ato, em cumprimento de ordem de superior hierárquico não pode ser compreendido como autoridade coatora. Assim, o agente administrativo que concreta a porta de um estabelecimento comercial para impedir a entrada de qualquer um em seu interior, em razão de ordem que lhe foi dada, não pode ser apontado como autoridade coatora. Neste caso, a autoridade coatora foi o agente público que deu a ordem para o fechamento do estabelecimento⁴¹⁶.

não é aquela que dá instruções ou edita ordens genéricas, e sim a que faz por individualizá-las, aplicando-as em concreto”), e MS/AgR 4.467-DF, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU 16.9.1996, p.33.663 ('Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução').

⁴¹⁴ Segundo o STJ, para que teoria da encampação seja aplicada ao mandado de segurança, os seguintes requisitos devem estar presentes: "(a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (b) ausência de modificação da competência estabelecida na Constituição Federal; e (c) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 997.623-MT da Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02/06/2009, DJU 01/07/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 72.

⁴¹⁵ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 220, defende que: "a definição da autoridade coatora que melhor se coaduna aos fins do *mandamus* é ser esta o agente que teve poder decisório sobre o ato."

⁴¹⁶ Cássio Scarpinella Bueno defende que: "[...] para identificação da autoridade coatora em mandado de segurança, a despeito da aparente alternativa que se extrai da redação do § 3º do art. 6º Lei n. 12.016/2009, mister que ela tenha poder decisório ou deliberativo sobre a prática do ato ou a abstenção de praticá-lo. O mero executor material do ato, que apenas cumpre as ordens que lhe são dadas, não lhe cabendo questioná-las, não pode ser entendido como autoridade coatora. É inconcebível, por exemplo, que se defenda a pertinência do cabimento do mandado de segurança contra o agente administrativo que, cumprindo ordens que lhe foram dadas, veda a entrada em um estabelecimento comercial, concretando a respectiva porta. O ato material de fechamento do estabelecimento é consequência do ato questionado. O mandado de segurança deve voltar-se à causa da ilegalidade ou da abusividade reclamada pelo impetrante, isto é, ao ato coator". BUENO, Cássio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47-48. No mesmo sentido, MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 72-73, aduzem que: "É autoridade coatora, para os efeitos Lei, a autoridade que ordena ou omite a prática do ato impugnado [...]. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Por exemplo, numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções gerais para a arrecadação de tributos,

O impetrante deve apontar como autoridade coatora aquela a quem o ordenamento jurídico atribuiu competência para revogar o ato impugnado ou para praticar o ato omitido⁴¹⁷.

O autor do mandado de segurança deve se abster de indicar como autoridade coatora um agente público que não dispõe de competência para a prática do ato impugnado, cabendo ao agente, neste caso, cientificar o juízo da sua incompetência, nas informações do mandado de segurança. O mesmo pode ser dito quanto ao pedido para a prática de ato contra ato superior que ainda não foi invalidado. Acaso concedida a liminar, nestes casos, a autoridade deverá informar o juízo acerca da impossibilidade jurídica de sua execução, nas informações do mandado de segurança, e pedir que este reconsidere a sua decisão. Pode, ainda, interpor agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a medida liminar. Ao juízo, por sua vez, compete se retratar da decisão que concedeu a liminar⁴¹⁸.

A "autoridade coatora é aquela que tem competência para a prática do ato ou" para a "sua correção no momento da impetração do mandado de segurança"⁴¹⁹. Assim, a autoridade

nem o funcionário subalterno que científica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão". CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 68 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 28213/DF da Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/11/2011. DJe 01/12/2011.

⁴¹⁷ MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 72, aduzem que: "O mandado de segurança é incabível contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada (TJSP, RT 321/141; TJSC, RT 492/198). A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário; tratando-se, porém, da simples ordem proibitiva (não fazer), é admissível o writ contra o funcionário que está realizando o ato ilegal, a ser impedido pelo mandado. Assim, se a segurança objetiva a efetivação de um pagamento abusivamente retido, o mandado só poderá ser dirigido à autoridade competente para incluí-lo na folha respectiva; se visa à não efetivação desse mesmo pagamento, poderá ser endereçado diretamente ao pagador, porque está na sua alçada deixar de efetivá-lo diante da proibição judicial. Essa orientação funda-se na máxima *ad impossibilia nemo tenetur*, ou seja, "ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível". Se as providências pedidas no mandado não são da alçada do impetrado, o impetrante é carecedor da segurança contra aquela autoridade, por falta de legitimação passiva para responder pelo ato impugnado. Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS/AgR 24.189-DF do Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 04/08/2005, DJ 30/09/2005, p. 4, RTJ 196/173: "Não há falar em direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança quando o pedido deduzido na inicial é impossível de ser atendido pela autoridade coatora". A mesma carência ocorre quando o ato impugnado não foi praticado pelo apontado coator."

⁴¹⁸ Meirelles; Wald; Mendes; Fonseca observam que: "[...] vem ocorrendo concessão de segurança inexecutable contra autoridade que não é a coatora ou que não tem competência para praticar o ato ordenado. Tal se verifica, por exemplo, quando a ordem é dada a um secretário de Estado para nomear um funcionário, ato da competência do governador, única autoridade que poderia expedir tal decreto, mas que não fora chamada na impetração. Noutros casos, a ordem judicial determina a prática de um ato inferior contrário a um ato superior não invalidado. Em todas essas hipóteses, o mandado não pode ser cumprido, devendo o impetrado esclarecer a Justiça sobre a impossibilidade jurídica de sua execução. A propósito, o antigo TFR decidiu: 'A impossibilidade jurídica do pedido não decorre apenas de sua inadmissão pelo ordenamento jurídico, mas de sua inviabilidade, evidenciada pela própria situação fática que torna indubitosa *prima facie* a sua improcedência'. AI 41.593, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 28.4.1981". MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 73.

⁴¹⁹ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 69. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 28193 da Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 11/05/2010, DJe-100 de 04/06/2010. EMENTA: "RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REFORMA AGRÁRIA. AUTORIDADE COATORA. PAGAMENTO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS E/OU JUROS

coatora não deixa de sê-lo se, após a sua prática, delegar, no exercício de seu poder hierárquico, a um subordinado seu, a competência para praticá-lo, pois "a competência do agente superior abrange a competência dos agentes a ele subordinados"⁴²⁰. Em caso de alteração legal da competência, após a prática do ato, o agente público apontado como autoridade coatora deve informar o juízo da alteração da competência. Este deve, então, intimar o impetrante a emendar sua petição inicial, para que indique a autoridade coatora correta, em quinze, dias sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito. Uma vez notificada, a autoridade coatora passará a integrar o processo.

A autoridade coatora pode integrar o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário. Pode integrar a administração direta ou indireta. Nesta, pode pertencer à autarquia, fundação pública de direito privado ou à fundação pública de direito público (fundação autárquica). Pode, ainda, integrar empresa pública, sociedade de economia mista, ou pessoa jurídica privada concessionária, permissionária ou autorizatária de serviço público, salvo quanto aos atos de gestão, em relação aos quais não cabe a impetração de mandado de segurança (art. 1º, §2º, Lei 12.016/2009). A autoridade coatora será considerada federal, estadual ou municipal se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas respectivamente pela União, pelo Estado ou pelo Município, por entidade respectivamente controlada pela União, pelo Estado ou pelo Município, ou por pessoa jurídica que houver recebido concessão, permissão ou autorização respectivamente da União, do Estado ou do Município⁴²¹.

MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS SOBRE TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA (TDA) CONCEDIDOS POR MEIO DE AÇÃO ORDINÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA APÓS A PUBLICAÇÃO DA PORTARIA N. 141/2008 [11.7.08]. COMPETÊNCIA DO SECRETÁRIO DO TESOIRO NACIONAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. A autoridade administrativa legítima para figurar no polo passivo da impetração é a competente para a prática do ato no momento do ajuizamento do writ. 2. A competência para o pagamento de expurgos inflacionários, juros compensatórios e juros moratórios dos títulos da dívida agrária reconhecidos em ação ordinária a partir de 11.7.08 é do Secretário do Tesouro Nacional, nos termos do disposto nos artigos 1º, I e II, 20, VI e IX, e 23, III, do Regimento Interno da Secretaria do Tesouro Nacional, aprovado pela Portaria do Ministério da Fazenda n. 141, de 10.7.08. Recurso ordinário a que se nega provimento". A decisão foi unânime.

⁴²⁰ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 102-105.

⁴²¹ Meirelles; Wald; Mendes; Fonseca aduzem que: "O coator poderá pertencer a qualquer dos Poderes e a qualquer das entidades estatais ou às suas organizações autárquicas ou paraestatais, bem como aos serviços concedidos, permitidos ou autorizados. Considerar-se-á autoridade federal, estadual ou municipal, para fins de mandado de segurança, quando as consequências patrimoniais do ato impugnado se refletirem nas respectivas Fazendas ou entidades por elas controladas ou delas tenham recebido a concessão ou autorização (art. 2º, Lei 12.016/2009). As atribuições delegadas, embora pertencentes à entidade delegante, colocam como coautor o agente delegado que praticar o ato impugnado STF, Súmula 510). Assim, se uma autoridade municipal aceitar delegações do Estado-membro ou da União, responderá por essas atribuições como autoridade estadual ou federal, perante os juízos privativos dessas entidades". MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 75 e FUX, Luiz. Op. cit., 2010, p. 24.

Caso o ato impugnado tenha sido praticado no exercício de competência delegada, a autoridade coatora é aquela que praticou o ato e não a que delegou a competência⁴²². Ainda que integre o Estado ou o Município, ao receber delegação da União, a autoridade coatora se torna federal, competindo à Justiça Federal julgar o mandado de segurança ajuizado contra esta⁴²³.

A doutrina discute sobre quem seria a autoridade coatora no ato administrativo composto. Este é o ato administrativo onde há uma só vontade autônoma, ou seja, de conteúdo próprio, a que se somam outras, meramente instrumentais, pois que se limitam à verificação da legitimidade do ato de conteúdo próprio, como ocorre, por exemplo, no ato de autorização sujeito a outro ato confirmatório, um visto⁴²⁴. Tem-se, portanto, "um ato principal a que se somará outro, de aprovação ou de ratificação"⁴²⁵. O ato principal tem conteúdo autônomo e manifesta, desde logo, o escopo da Administração, mas o ato composto somente terá eficácia após a prática do ato confirmatório⁴²⁶.

No ato administrativo composto, a autoridade coatora é aquela que pratica o ato principal⁴²⁷. O impetrante impugnará o ato principal por meio do mandado de segurança "e,

⁴²² Nesse sentido, foi aprovado o Enunciado n.º 510 da Súmula da Jurisprudência Dominante do STF, segundo o qual: "praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial." Esse verbete sumular foi editado a partir de um único precedente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 18555 do Tribunal Pleno, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, j. 14/06/1968. DJ 13-09-1968), onde o relator afirmou que não poderia "o Presidente da República responder pelos erros ou ilegalidades de um ato que não praticou". CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

⁴²³ MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 75, aduzem que: "As atribuições delegadas, embora pertencentes à entidade delegante, colocam como coautor o agente delegado que praticar o ato impugnado (STF, Súmula 510). Assim, se uma autoridade municipal aceitar delegações do Estado-membro ou da União, responderá por essas atribuições como autoridade estadual ou federal, perante os juízos privativos dessas entidades". No mesmo sentido, FUX, Luiz. Op. cit., 2010, p. 24.

⁴²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2014, p. 132.

⁴²⁵ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 72.

⁴²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2014, p. 132: "No que toca aos efeitos, [...] os atos que traduzem a vontade final da Administração só estão perfeitos e acabados quando se consuma a última das vontades constitutivas de seu ciclo. Embora, nos atos compostos, uma das vontades já tenha conteúdo autônomo, indicando logo o objetivo da Administração, a outra vai configurar-se, apesar de meramente instrumental, como verdadeira condição de eficácia".

⁴²⁷ MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 75. No mesmo sentido, Marco Antonio dos Santos Rodrigues defende que: "se há uma manifestação principal e outra acessória, a autoridade responsável pela primeira será a coatora". RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 221. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 223.670/DF da Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/04/2007, DJ 28/05/2007, p. 403. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 dez. 2015.

cassado este, também cairá o ato que o tenha aprovado ou ratificado"⁴²⁸. Contudo, existe posicionamento doutrinário no sentido de que, no ato composto, são autoridades coatoras todas aquelas que houverem se manifestado até "o instante em que se impugna o ato judicialmente"⁴²⁹.

A doutrina diverge sobre quem seria a autoridade coatora no ato complexo. Neste, "a vontade final da Administração exige a intervenção de agentes ou órgãos diversos, havendo certa autonomia, ou conteúdo próprio, em cada uma das manifestações"⁴³⁰. Exemplo de ato complexo é a nomeação de um Ministro do Superior Tribunal de Justiça (arts. 94 e 104, da CRFB/1988). Neste caso, são coatoras todas as autoridades que participaram do ato⁴³¹. Contudo, uma parcela da doutrina entende que, no ato complexo, são autoridades coatoras todas aquelas que tiverem manifestado sua vontade até o momento da impetração do mandado de segurança⁴³². Já outra corrente doutrinária defende que, no ato administrativo complexo, "o coator é a última autoridade que neles intervém para seu aperfeiçoamento"⁴³³.

Existe uma diferença fundamental entre o ato administrativo complexo e o ato administrativo composto. Enquanto no ato administrativo composto são praticados dois ou mais "atos administrativos distintos, os quais se unem para produzir um só efeito jurídico", no ato administrativo complexo, "há um só ato administrativo formado por duas (ou mais)

⁴²⁸ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 72.

⁴²⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de Segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 31.

⁴³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2014, p. 132.

⁴³¹ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 72; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 113378/DF da Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 05/05/1998. *DJ* 01/06/1998, p. 160. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 jul. 2014. STF, DJU 4.10.63, RDA 53/216; TJSP, RT 343/189 E 477/74. No mesmo sentido, Marco Antonio dos Santos Rodrigues defende que: "se as manifestações tiverem o mesmo peso na formação do ato - como por exemplo, uma portaria conjunta de dois órgãos da Administração, todas as autoridades que decidiram em ambos os órgãos serão consideradas coatoras". RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 222.

⁴³² BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 31.

⁴³³ MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 74-75. Em sentido semelhante, Hélio do Valle Pereira defende que no: "tocante aos atos complexos (mais de um órgão se manifesta sucessivamente para obtenção do ato administrativo), a autoridade coatora será, em princípio, a última a se manifestar. Entretanto, é possível que haja lesão a direito já na primeira etapa [...]". PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da fazenda pública em juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 245.

manifestações de vontade"⁴³⁴. Ora, se no ato administrativo complexo, as vontades dos órgãos se unem para formar um ato só, sendo este impugnado por meio de mandado de segurança, todas as autoridades que manifestaram suas vontades para compor o ato complexo impugnado deverão ser indicadas como autoridades coatoras. "Afinal tem-se aí uma incindibilidade jurídica cuja consequência" é "a necessária reunião de todos os sujeitos participantes da situação jurídica deduzida no processo". Caso alguma das autoridades que manifestaram a sua vontade para a formação do ato complexo determine "a competência originária de algum tribunal, esta prevalecerá sobre a do órgão jurisdicional inferior"⁴³⁵.

A doutrina discute sobre quem seria a autoridade coatora no ato praticado por um colegiado. O ato praticado por colegiado não é composto e, tampouco complexo, mas simples e coletivo, já que as vontades que o constituem "são *interna corporis* e se dissolvem no processo de formação, de modo que apenas uma é a vontade que se projeta no mundo jurídico"⁴³⁶. Neste caso, a "autoridade coatora é o próprio colegiado e não seu presidente". Assim, como o ato é do colegiado e não de seu presidente, somente haverá competência originária do tribunal se o ordenamento jurídico expressamente a previr para os atos do colegiado, não bastando que a preveja para atos de seu presidente. Entretanto, por ser representante do colegiado, o presidente deve prestar informações ao juízo da causa⁴³⁷. Parte

⁴³⁴ De acordo com MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 148: "no ato complexo, integram-se as vontades de vários órgãos para a obtenção de um mesmo ato.". No mesmo sentido, PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 230, afirma que: "Enquanto no ato complexo, fundem-se vontades para praticar um ato só, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório.".

⁴³⁵ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 72-73.

⁴³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 127.

⁴³⁷ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.73, aduz que: "Considerando-se que a autoridade coatora, na hipótese, não é o presidente, mas o colegiado, e não havendo previsão de competência originária do tribunal para conhecer de mandado de segurança que impugne ato oriundo deste, a competência será dos órgãos jurisdicionais de primeira instância.". No mesmo sentido, FERRAZ, Sérgio. Op. cit., p. 106 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 21560 do Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/1992, DJ 18/12/1992, p.24375: "COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DE MINISTRO DE ESTADO PRATICADO NA QUALIDADE DE PRESIDENTE DE ÓRGÃO COLEGIADO - JUÍZO FEDERAL x SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A luz do disposto no artigo 105, inciso I, alínea "b", da Constituição Federal, a competência do Superior Tribunal de Justiça em mandado de segurança pressupõe a posição do Ministro de Estado, como autoridade coatora, considerado o ato, comissivo ou omissivo, ligado à atividade específica que exerça, inerente ao cargo, ou seja, a atuação, em si, como Ministro de Estado, a integrar a mais alta equipe de assessores do Presidente da República. Tratando-se de procedimento relativo a órgão colegiado, como e o caso do Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, do qual o Ministro do Trabalho e presidente por força do disposto no par. 1. do artigo 3, Lei n. 8.036/90, a competência para processar e julgar o mandado de segurança é do juízo federal. Precedente: recurso em mandado de segurança n. 10.078-DF, Pleno do Supremo Tribunal Federal, relator designado Ministro Pedro Chaves, julgado em 22 de agosto de 1962, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência n. 28, páginas 90 a 92.". No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 177. DJ 11/12/1996 p. 49795: "O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão

da doutrina, contudo, entende que "nos órgãos colegiados, considera-se coator o presidente, que subscreve o ato impugnado e responde pela sua execução"⁴³⁸.

Nos procedimentos administrativos, coatora "é a autoridade que preside a sua realização"⁴³⁹.

Uma autoridade superior somente pode avocar ou delegar a competência para a prática de um ato administrativo quando este ainda está em formação e não produz efeitos. Assim, não é possível a avocação ou a delegação da competência para a prática do ato durante o processo do mandado de segurança, pois este pressupõe que o ato administrativo impugnado seja perfeito e eficaz. A restrição se justifica, pois se a autoridade superior pudesse livremente avocar ou delegar a competência para a prática do ato no curso do processo do mandado de segurança, provocaria sucessivas alterações da competência do juízo. Caso a competência para a prática do ato impugnado venha a ser avocada por autoridade superior, esta passará a ser a autoridade coatora e o mandado de segurança deverá ser impetrado no tribunal que detenha eventual competência originária. Se o ato administrativo impugnado vier a ser substituído por outro, em razão do julgamento de recurso hierárquico interposto pelo impetrante, ocorrido antes do proferimento da sentença no processo do mandado de segurança, este será remetido para o tribunal que detém competência originária em razão da autoridade superior que julgou o recurso⁴⁴⁰.

colegiado presidido por Ministro de Estado". Entretanto, o STJ entende ser originariamente competente para o processo e julgamento do mandado de segurança impetrado contra ato de colegiado composto exclusivamente por Ministros de Estado, tendo em vista o disposto no art. 105, II, "b", CRFB/1988. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 1887/ES da Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22/11/2006. *DJ* 18/12/2006, p. 280 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 14670/DF da Primeira Seção, Rel. Ministro Humberto Martins, j. 09/12/2009. *DJe* 18/12/2009.

⁴³⁸ MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 75. No mesmo sentido, Marco Antonio dos Santos Rodrigues defende que: "em caso de órgão colegiado, deve ser indicado como autoridade coatora o presidente do órgão". RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 221.

⁴³⁹ MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 75.

⁴⁴⁰ MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 75, defendem que: "a autoridade superior que, dentro de sua atribuição, avoca o ato inferior, passa a responder por suas consequências, deslocando o mandado de segurança para o juízo ou foro competente. Mas a avocação só é admitida antes de impetrada a segurança, mesmo porque esta só cabe contra ato operante e exequível e aquela pressupõe o ato administrativo em formação e ainda não operante ou não exequível. Admitir-se a avocação do ato impugnado depois de instaurada a instância judicial seria frustrar a finalidade corretiva do mandado de segurança, com a deslocação sucessiva do feito, com a substituição do impetrado ao talante da Administração. O que pode ocorrer – e frequentemente ocorre – é a superação do ato impugnado, por decisão de autoridade ou Tribunal superior, quando o mandado é admitido simultaneamente com recurso hierárquico, sem efeito suspensivo ou com efeito suspensivo dependente de caução. Em tais casos, se proferida a decisão administrativa antes da sentença e a nova autoridade responsável pela decisão tiver foro ou juízo diferentes da inferior, os autos do mandado de segurança deverão ser remetidos ao juiz ou Tribunal competente para proferir o julgamento."

O juízo do mandado de segurança deve cientificar o particular beneficiário ou partícipe do ato impugnado "para apresentar a defesa de seu direito como litisconsorte", mas "não para prestar informações, que são privativas da autoridade coatora"⁴⁴¹.

8.2 A errônea indicação da autoridade coatora

A doutrina e a jurisprudência discutem sobre se a errônea indicação da autoridade coatora conduz à extinção do processo sem resolução do mérito⁴⁴² ou admite correção para o prosseguimento do mandado contra o verdadeiro coator⁴⁴³. Aqueles que admitem a correção discutem, ainda, se esta pode ser feita de ofício pelo juiz⁴⁴⁴ ou se seria necessária a intimação do impetrante para emendar a petição inicial sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 75.

⁴⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Decisão Monocrática no Mandado de Segurança n.º 0003645-43.2014.8.19.0004 da Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, j. 08/04/2014, DJERJ de 11/04/2014, p. 206. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 04/07/2014. Ementa: "MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ENCAMPAÇÃO. REQUISITOS. AUSÊNCIA. Ausentes os requisitos da teoria da encampação para o aproveitamento do feito, a indicação errônea da autoridade coatora caracteriza a ilegitimidade passiva e enseja a extinção do mandado de segurança".

⁴⁴³ Segundo FUX, Luiz. Op. cit., 2010, p. 27, reconhecendo-se que a pessoa jurídica a qual está vinculada a autoridade coatora é a única legitimada passiva no mandado de segurança, "eventual erro na indicação desta não acarretará a extinção do processo. A indicação da pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora torna indiferente o equívoco na indicação desta última, na maioria dos casos."

⁴⁴⁴ Meirelles, Wald, Mendes e Fonseca sustentam que "o juiz pode – e deve – determinar a notificação da autoridade certa como medida de economia processual, e, sendo incompetente, remeter o processo ao juízo competente (art. 113, §2º, CPC/1973). Isto porque a complexa estrutura dos órgãos administrativos nem sempre possibilita ao impetrante identificar com precisão o agente coator, principalmente nas repartições fazendárias, que estabelecem imposições aos contribuintes por chefias e autoridades diversas (TJSP, RT 576/69)". MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 74. Segundo Alexandre Câmara, "sendo legitimada passiva para o mandado de segurança a pessoa jurídica [...], a errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade passiva *ad causam*. O processo, então, só deverá ser extinto por falta de legitimidade passiva se a correção da autoridade coatora implicar mudança da própria pessoa jurídica". Assim, por exemplo, quando o autor indica como autoridade coatora "o Secretário de Estado – caso em que a pessoa jurídica demandada seria o próprio Estado – e a autoridade realmente responsável pelo ato fosse o Presidente de uma autarquia estadual, caso em que a legitimidade passiva seria desta outra pessoa jurídica. Já no caso de se indicar de forma equivocada a autoridade coatora, mas a correção não acarretar a modificação da pessoa jurídica", o juiz deverá corrigir o vício, de ofício, notificando a autoridade coatora correta para que preste informações (art. 7º, I, Lei 12.016/2009) ou declinando da competência, se for o caso. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 58 e 74.

⁴⁴⁵ O STF e o STJ vêm consolidando sua jurisprudência no sentido de que a errônea indicação da autoridade coatora implica a extinção do processo por ilegitimidade passiva *ad causam*, quando altera a competência *ratione personae*, não cabendo ao juiz ou tribunal determinar, de ofício, a substituição da parte impetrada. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS n. 9.450-DF da Primeira Seção, Rel. Luiz Fux, j. 09/06/2004. DJ 06.09.2004, p. 156. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 jul. 2014. Entretanto, não havendo essa influência sobre a competência, a efetividade dessa garantia constitucional exige o aproveitamento do *writ* com a correção do vício através de mecanismo semelhante à emenda da petição inicial. BRASIL. Superior Tribunal de

O juiz não deve extinguir o processo do mandado de segurança sem resolução do mérito caso o impetrante tenha indicado autoridade coatora errada. Neste caso, o juiz deve,

Justiça. RMS 17889/RS da Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 07/12/2004. DJ 28/02/2005, p. 187. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 jul. 2014. Ementa: “[...] 3. Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Consequentemente, o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito. 4. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade ad causam passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação, 5. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, a priori, aparência de propositura correta. [...]”. Entretanto, se a autoridade apontada como coatora prestar as informações, não questionando a sua ilegitimidade e defender a legalidade do ato impugnado, legítimo será o prosseguimento do *mandamus* por força da teoria da encampação, fundamentada pelo princípio da economia processual, ressalvada a *vexata quaestio* relativa à alteração da competência *ratione personae*. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 17889/RS da Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 07/12/2004. DJ 28/02/2005, p. 187. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 jul. 2014. Ementa: “[...] 6. Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a *legitimatío ad causam* passiva. [...]”. FUX, Luiz. Op. cit., 2010, p. 27-28. O art. 6º, §4º, do Projeto que deu origem à lei 12.016/2009 previa a possibilidade de o impetrante emendar a inicial em 10 dias caso a autoridade coatora suscitasse ser parte ilegítima, mas foi vetado quando da sanção à referida Lei. MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 73. Segundo ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. **Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/09**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 51-52, o referido dispositivo “em perfeita consonância com os elevados valores constitucionais em que se funda o mandado de segurança e os princípios da celeridade e da economia processual, buscava evitar a extinção prematura da ação mandamental por ilegitimidade passiva da autoridade coatora, permitindo que o impetrante corrigisse o equívoco sempre que suscitada tal questão nas informações prestadas pelo impetrado. A nova lei, sem dúvidas, consagrava importante orientação em matéria polêmica, tanto na doutrina, como principalmente na jurisprudência. Infelizmente, porém, tal regra sofreu o veto presidencial, sobre o fundamento de que a previsão, contida no texto legal, de que se observasse o prazo decadencial de 120 dias para corrigir a autoridade indicada poderia prejudicar a utilização do remédio constitucional. Assim foi redigida a justificativa para o veto presidencial: ‘A redação conferida ao dispositivo durante o trâmite legislativo permite a interpretação de que devem ser efetuadas no correr do prazo decadencial de 120 dias eventuais emendas à petição inicial com vistas a corrigir a autoridade impetrada. Tal entendimento prejudica a utilização do remédio constitucional, em especial, ao se considerar que a autoridade responsável pelo ato ou omissão impugnados nem sempre é evidente ao cidadão comum’. O veto presidencial, neste aspecto parece ter sido prejudicial porque, na falta de norma expressa, continuará a ser controvertido o regime jurídico decorrente de equívoco na indicação da autoridade coatora pelo impetrante. De todo modo, é preciso levar em consideração que a nova legislação pode e deve ser interpretada de forma a incentivar o aproveitamento do writ em tais hipóteses, tendo em vista as razões apresentadas pelo Presidente da República. O veto apenas ocorreu, segundo se depreende da justificativa informada, porque se previa no texto legal a observância do prazo decadencial para a correção do vício e por não se admitir o veto parcial de um parágrafo no ordenamento jurídico brasileiro (Constituição da República, art. 66, §2º). Assim, uma interpretação histórica do veto levaria a necessariamente à conclusão de que a correção da autoridade impetrada indicada no *writ* pode ser feita pelo impetrante e a qualquer tempo, inclusive após o encerramento do prazo decadencial para a impetração. Resta saber se, à luz da nova legislação, assim entenderá a jurisprudência ou se a controvérsia continuará indefinida pelos próximos anos. A ausência de regra específica a este respeito, em que pese os motivos do veto presidencial, poderia conduzir à tese de que a correção da autoridade impetrada não é mais possível após a sua notificação, tendo em vista a regra geral estabelecida no art. 264 CPC, que determina a estabilização da demanda após a citação do réu. Uma solução compatível com a legislação processual comum consistiria em considerar como legitimada passiva no mandado de segurança a pessoa jurídica interessada e limitar a possibilidade de correção da autoridade indicada a agentes que se encontrem vinculados à mesma pessoa jurídica a verdadeira legitimada passiva da ação mandamental é ainda controvertida e poderá, com a nova legislação, encontrar obstáculos, especialmente pelo texto adotado em seu art. 7º, inc. II [...]”.

com base no art. 321, CPC, intimar o impetrante para que emende a petição inicial em quinze dias indicando a autoridade coatora correta, bem como a pessoa jurídica a qual esta pertence. O juiz deve declinar da competência, caso a indicação da autoridade coatora correta venha a determinar a sua incompetência, nos termos do art. 64, §3º, CPC.

Se, desde o início, o autor houver indicado a autoridade coatora correta, em sua petição inicial, mas houver impetrado o *mandamus* perante órgão judicial incompetente, cabe a aplicação do art. 64, §3º, CPC, remetendo-se os autos ao juízo competente⁴⁴⁶.

A autoridade coatora apontada pelo impetrante que realmente praticou o ato impugnado, apesar de não ter competência administrativa para fazê-lo, tem legitimidade passiva para a ação de mandado de segurança⁴⁴⁷.

O STF e o STJ vêm aplicando a teoria da encampação, segundo a qual se torna parte legítima aquele que, sem estar legitimado a princípio, acaba por encampar o ato da autoridade que lhe é subordinada⁴⁴⁸. O STJ exige a presença dos seguintes requisitos, para que seja aplicada ao mandado de segurança a teoria da encampação: (a) a autoridade que praticou o ato impugnado deve estar subordinada àquela que prestou as informações; (b) a aplicação da

⁴⁴⁶ MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 74. No mesmo sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AO 1137 AgR /DF do Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 19/08/2005, p.4, RT 842/105. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2014. Ementa: “MANDADO DE SEGURANÇA. Ato judicial. Impetração contra as Resoluções nº 21.702 e nº 21.803 do Tribunal Superior Eleitoral. Causa de competência desse tribunal. Incompetência reconhecida pelo Supremo. Arquivamento do feito. Inadmissibilidade. Necessidade de remessa dos autos ao tribunal competente. Agravo regimental provido para esse fim. Aplicação do art. 113, § 2º, *in fine*, CPC. Precedente. Reconhecendo sua incompetência para conhecer de mandado de segurança, tem o Supremo Tribunal Federal de determinar a remessa dos autos ao órgão competente para a causa”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Decisão Monocrática no Mandado de Segurança nº 0004251-71.2014.8.19.0000 do Órgão Especial, Rel. Des. Sérgio Verani, j. 22/05/2014, DJERJ de 26/05/2014, p. 124. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2014. Ementa: “Mandado de Segurança. Concurso Público para Provimento de Cargos de Perito Legista de 3ª Classe, na especialidade Genética Forense. Impetração que aponta como uma das autoridades coatoras o Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro. Ilegitimidade passiva ad causam (Artigo 3º, I, e do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro). Competência das Varas de Fazenda Pública (Artigo 97, I, b, do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro). Extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do Código de Processo Civil)”. Dispositivo: “Por essas razões, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, quanto ao terceiro impetrado, em razão da sua ilegitimidade passiva, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, e declina-se da competência em relação aos primeiro e segundo impetrados, para a 9ª Vara de Fazenda Pública, de acordo com o que dispõe o art. 97, I, b, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro”.

⁴⁴⁷ MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 73, aduzem que: “Se a autoridade coatora indicada pelo impetrante efetivamente praticou o ato objeto do writ, ainda que fosse administrativamente incompetente para tanto, será parte passiva legítima para responder à impetração.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 6.894-PA da Quinta Turma, Rel. Min. José Dantas, DJ 24/03/1997, p. 9041, RSTJ 96/376. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2014.

⁴⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 15.040/SP da Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 02/12/2002 p. 266, RF 370/299. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no RMS 16.057/PE da Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 17.11.2003, p. 202. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2014.

teoria não pode implicar em modificação da competência absoluta estabelecida pela Constituição Federal⁴⁴⁹; (c) a autoridade apontada como coatora deve ter defendido o mérito do ato impugnado nas informações prestadas⁴⁵⁰.

8.3 As funções processuais da autoridade coatora

A primeira função processual da autoridade coatora é servir como fonte de prova, pois deve prestar informações ao juízo acerca dos fatos da causa. As informações não são defesa, mas um depoimento escrito a respeito do ato impugnado, sendo, portanto, um meio de prova⁴⁵¹.

A prova é produzida a partir de fontes, que preexistem ao processo e cuja existência independe deste, e é levada ao feito através de meios, os quais existem no processo e neste produzem efeitos. Assim, a autoridade coatora é fonte de prova, pois preexiste ao processo, e sua existência independe – por completo – da existência de um processo de mandado de segurança. Mas é através de uma atividade dela que serão trazidas ao processo as provas necessárias à formação do convencimento do juízo acerca do ato impugnado. As informações prestadas pela autoridade coatora são, portanto, meio de prova⁴⁵².

As informações prestadas pela autoridade coatora se aproximam, do ponto de vista da teoria da prova, do depoimento pessoal da parte. Tendo em consideração a alteração legal que propomos nesta tese, que deixará claro que a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora é a única ré no processo do mandado de segurança, as informações prestadas pela

⁴⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 3545 MC-ED da Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 08/04/2014, DJe-077 de 24-04-2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 05 jul. 2014.

⁴⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 997.623/MT da Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02/06/2009, DJU 01/07/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 72. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 223, aduz que: "situação de mitigação à decisão terminativa do *mandamus* é a chamada teoria da encampação, pela qual é possível o julgamento do mérito do mandado de segurança, ainda que seja proposta com a indicação de autoridade errada, e sem a realização de emenda à inicial. Para tanto, três são os requisitos encontrados, a partir da análise de julgados daquele Tribunal Superior: (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado, porque a autoridade hierarquicamente superior poderia, em tese, avocar o ato, em razão da estrutura administrativa e da eventual possibilidade de recebimento de recurso administrativo quanto ao ato; (b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas, pois isso demonstraria não haver prejuízo na indicação da autoridade erroneamente, já que esta última teria cumprido o papel próprio daquela que seria correta; e (c) ausência de modificação de competência absoluta, o que afasta configuração de ofensa ao juiz natural."

⁴⁵¹ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 59.

⁴⁵² CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 60-61.

autoridade coatora se assemelharão ao depoimento de uma testemunha. Afinal, assim como se dá na prova testemunhal, nas informações da autoridade coatora o que se traz para o processo é o depoimento de um terceiro, estranho à relação processual, acerca de fatos relevantes para a causa, dos quais ele tem conhecimento próprio. A única diferença fundamental entre as informações da autoridade coatora e o depoimento da testemunha é que este normalmente se presta oralmente, enquanto as informações são prestadas por escrito. Mas nada impede que, no Direito brasileiro, como se fora uma prova testemunhal atípica, se colha o depoimento de um terceiro sobre fatos da causa por escrito⁴⁵³.

A segunda função processual da autoridade coatora é completar o procedimento citatório da pessoa jurídica demandada. Cabe à autoridade coatora, uma vez notificada para prestar informações ao juízo, encaminhar – no prazo de 48 horas – à pessoa jurídica a que se vincula, e ao órgão de representação judicial da mesma, cópias dos documentos que instruíram a petição inicial (art. 7º, I, Lei 12.016/2009)⁴⁵⁴ e outros elementos de que disponham para viabilizar a prática dos atos necessários para a defesa do ato impugnado pelo impetrante (art. 9º, Lei n.º 12.016/2009). Esse envio de cópias complementa a citação da pessoa jurídica demandada, uma vez que, esta, ao ser “cientificada” da impetração do mandado de segurança, não recebe cópias dos documentos que instruem a petição inicial (art. 7º, II, Lei 12.016/2009)⁴⁵⁵.

A terceira função processual da autoridade coatora é servir como elemento definidor da competência para o processo do mandado de segurança⁴⁵⁶.

Assim, compete originariamente ao STF julgar os mandados de segurança impetrados com o objetivo de impugnar atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador Geral da República e do próprio STF (art. 102, I, “d”, CRFB/1988). Também é da competência originária do STF julgar os mandados de segurança contra atos do CNJ e do CNMP (art. 102, I, “r”, CRFB/1988). Do mesmo modo, caberá ao STJ a competência originária para conhecer

⁴⁵³ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 61.

⁴⁵⁴ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 62.

⁴⁵⁵ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 62.

⁴⁵⁶ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no MS 15774/DF da Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j.23/02/2011. *DJe* 07/04/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jul. 2014. Ementa: “1. A competência para processar e julgar mandado de segurança é determinada pela natureza e hierarquia funcional da autoridade coatora. [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no MS 15774/DF da Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j.23/02/2011. *DJe* 07/04/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jul. 2014.

de mandado de segurança contra ato de Ministro de Estado ou dos Comandantes da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica ou do próprio Tribunal⁴⁵⁷.

Os Tribunais Regionais Federais têm competência originária para julgar os mandados de segurança contra atos do próprio Tribunal ou de juízes federais⁴⁵⁸. Compete aos juízes federais de primeira instância conhecer dos mandados de segurança contra atos de autoridades federais, excetuadas as hipóteses de competência dos Tribunais de Superposição⁴⁵⁹.

O STM tem competência originária para conhecer de mandado de segurança contra ato do próprio Tribunal, de seu Presidente e de outras autoridades da Justiça Militar⁴⁶⁰.

O TSE é originariamente competente para conhecer de mandado de segurança em matéria eleitoral quando o ato impugnado for de Tribunal Regional Eleitoral ou dos Ministros de Estado⁴⁶¹.

Os Tribunais Regionais Eleitorais têm competência para processar e julgar originariamente os mandados de segurança contra atos de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade, nos termos do art. 29, I, “e”, do Código Eleitoral⁴⁶².

⁴⁵⁷ Cf. art. 105, I, “b”, CRFB/1988. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64-65.

⁴⁵⁸ Cf. art. 108, I, “c”, CRFB/1988.

⁴⁵⁹ Cf. art. 109, VIII, CRFB/1988. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 66.

⁴⁶⁰ Cf. art. 6º, I, “d”, Lei 8.457/1992 que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18457.htm>. Acesso em: 04 mar. 2014. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 65.

⁴⁶¹ O art. 22, I, “e”, do Código Eleitoral (Lei 4.737/1963), foi considerado inconstitucional pelo STF na parte em que conferiu ao TSE competência para processar e julgar originariamente mandados de segurança relativos a atos do Presidente da República, já que a Constituição de 1969, tal como o fez posteriormente a de 1988, havia atribuído esta competência ao STF. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 20409 do Tribunal Pleno, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 31/08/1983. DJ 08/06/1984, p. 9257. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 jul. 2014. Por esta razão, tal dispositivo teve sua eficácia parcialmente suspensa por meio da Resolução n.º 132/1984 do Senado Federal. Apenas a competência do TSE para julgar mandado de segurança contra ato do Presidente da República foi considerada inconstitucional. As demais competências – para processar e julgar mandados de segurança relativos a atos dos Ministros de Estado e dos Tribunais Regionais Eleitorais – foram mantidas, como fixado em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 163727 do Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07/04/1994. DJ 20/04/2001, p.137. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 05 jul. 2014. O TSE reconhece sua competência originária nos termos do art. 22, I, “e”, do Código Eleitoral, expurgado este apenas da referência ao Presidente da República, em razão da decisão do STF, como estabelecido em BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. MS 362842, Rel. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, j. 30/11/2010. DJE 16/02/2011, Tomo 33, p. 43. Disponível em: <www.ste.jus.br>. Acesso em: 05 jul. 2014. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 65-66.

⁴⁶² BRASIL. Lei 4.737/1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 04 mar. 2014.

O TST tem competência originária para julgar mandados de segurança, na forma Lei n.º 7.701/1988. Naquela Corte, cabe à Seção Especializada em Dissídios Coletivos a competência originária para conhecer de mandado de segurança contra ato do Presidente do TST ou de qualquer dos Ministros integrantes daquela Seção se o ato impugnado houver sido praticado em processo de competência de tal Seção (art. 2º, I, “d”, Lei 7.701/1988). De outro lado, cabe à Seção de Dissídios Individuais conhecer, originariamente, de mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal ou dos seus próprios integrantes se o ato impugnado houver sido praticado em processo de sua competência (art. 3º, I, “b”, Lei 7.701/1988). Além disso, compete ao Tribunal Pleno conhecer de atos praticados pelo Presidente do TST ou por qualquer de seus Ministros⁴⁶³.

Os Tribunais Regionais do Trabalho, por meio de seu respectivo Pleno, têm competência para processar e julgar os mandados de segurança da competência da Justiça do Trabalho que não sejam da competência do TST (art. 678, I, “b”, 3, da CLT). Assim, têm competência para julgar os mandados de segurança contra atos praticados por juízes do trabalho de primeira instância.

Os Tribunais de Justiça têm suas competências originárias, para conhecer de mandado de segurança, fixadas pelas Constituições Estaduais⁴⁶⁴.

O juízo de primeira instância é competente para o processo e julgamento do mandado de segurança naqueles casos em que não se tenha fixado a competência originária de qualquer tribunal - como ocorre quando o *mandamus* é impetrado contra ato do Presidente de uma autarquia municipal⁴⁶⁵.

Compete aos juízes federais de primeira instância processar e julgar os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais (art. 109, VIII, CRFB/1988). A autoridade coatora é federal quando as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado de segurança houverem de ser

⁴⁶³ Cf. art. 73, III, “a”, n.º 2, do regimento Interno do TST. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 66.

⁴⁶⁴ Cita-se, como exemplo, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, cujo art. 161, IV, “e”, prevê que: “Art. 161 - Compete ao Tribunal de Justiça: [...] IV - processar e julgar originariamente: [...] e) mandado de segurança e o habeas data contra atos: 1 - do Governador; 2 - do próprio Tribunal; 3 - da Mesa Diretora e do Presidente da Assembleia Legislativa; 4 - do Tribunal de Contas do Estado; 5 - dos Secretários de Estado; 6 - dos Procuradores-Gerais da Justiça, do Estado e da Defensoria Pública; 7 - do Prefeito da Capital e dos Municípios com mais de 200.000 eleitores.”. BRASIL. Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>>. Acesso em: 06 mar. 2014. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 66.

⁴⁶⁵ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 66.

suportadas pela União ou entidade por ela controlada, como é o caso das empresas públicas federais ou das sociedades de economia mista controladas pela União (art. 2º Lei 12.016/2009). Assim, sempre que a autoridade coatora seja considerada federal, o processo do mandado de segurança terá de tramitar perante a Justiça Federal. Isso é relevante principalmente porque no caso de não ter o demandante ido a juízo pela via excepcional do mandado de segurança, mas pelas chamadas “vias ordinárias”, aplicar-se-á o disposto no art. 109, I, CRFB/1988, razão pela qual a Justiça Federal só terá competência para conhecer da causa se for parte no processo a União, autarquia federal, ou empresa pública federal. No caso de se impugnar, pela via ordinária, o ato praticado por sociedade de economia mista controlada pela União, a competência constitucional será da Justiça Estadual; tendo sido impetrado mandado de segurança, a competência constitucional será da Justiça Federal⁴⁶⁶.

8.4 Fim da competência originária dos tribunais para o processo e o julgamento do mandado de segurança, quando a autoridade coatora integrar o Poder Executivo ou o Poder Legislativo

A competência em função do grau da autoridade impetrada e a dificuldade de identificar o coator são defeitos da disciplina do mandado de segurança que precisam ser corrigidos. O cidadão que teve o seu direito violado não pode sofrer a denegação da tutela jurisdicional, ainda mais no mandado de segurança, porque não soube precisar qual foi a autoridade de que emanou o ato. Muitas vezes a identidade dessa autoridade não lhe é revelada⁴⁶⁷.

A complexa estrutura dos órgãos administrativos dificulta sobremaneira a correta identificação do agente coator⁴⁶⁸. Da mesma forma, muitas vezes, a Administração Pública

⁴⁶⁶ O STJ afirmou a competência da Justiça federal para conhecer de mandado de segurança contra ato de dirigente de sociedade de economia mista federal, no julgamento do AgRg no CC 97.899/SP da Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 08/06/2011. *DJe* 17/06/2011. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 67.

⁴⁶⁷ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. X, p. 275-301, jul./ dez. 2012. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 12 mar. 2014, p. 277. Cassio Scarpinella Bueno também detectou o problema, observando que: “É importante colocar um ponto final na discussão sobre quem é o réu no mandado de segurança, que nada acrescenta à prática judiciária e à tutela jurisdicional dos direitos: se a autoridade coatora, se a entidade ou pessoa jurídica a que ela pertence ou se ambos, em litisconsórcio necessário”. BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5.

⁴⁶⁸ MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p.73. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 33.019/PE da Primeira Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 08/11/2011. *DJe* 03/02/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jul. 2014.

não divulga de forma adequada e suficiente a competência de cada uma das autoridades que integram os seus quadros. Além disso, existe a possibilidade de a pessoa jurídica alterar, por lei, avocação ou delegação, a competência para a prática do ato impugnado, após a edição deste⁴⁶⁹, o que pode levar o órgão jurisdicional para onde foi distribuído o processo do mandado de segurança a entender que houve modificação da competência para o processo e julgamento do mandado de segurança, quando a nova autoridade responsável pela edição ou correção do referido ato⁴⁷⁰ estiver dentre aquelas que conferem competência originária a algum tribunal.

A reforma e conseqüente substituição do ato impugnado em sede de recurso hierárquico também acarreta a modificação da competência para o processo e julgamento da ação do mandado de segurança.

A jurisprudência do STJ tem minorado o inconveniente ocasionado pela errônea indicação da autoridade coatora com a adoção da chamada teoria da encampação⁴⁷¹, entretanto, a mencionada tese não resolve a questão em todos os casos, já que, para sua aplicação, segundo o STJ, devem estar presentes três requisitos: (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (b) ausência de modificação da competência estabelecida na Constituição Federal; e (c) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas⁴⁷².

Parte da doutrina e da jurisprudência procura minorar o problema, sustentando que, por ser a pessoa jurídica, no sistema Lei 12.016/2009, a única legitimada passiva no mandado de segurança, a errônea indicação da autoridade coatora não poderia levar à extinção do

⁴⁶⁹ Conforme observado acima, uma autoridade superior somente pode avocar ou delegar a competência para a prática de um ato administrativo quando este ainda está em formação e não produz efeitos. MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 75. Não obstante, na prática, a autoridade superior pode avocar ou delegar a competência para a realização do ato após este começar a produzir efeitos.

⁴⁷⁰ Conforme afirmado acima, autoridade coatora é aquela que tem competência para a prática do ato ou para a sua correção no momento da impetração do mandado de segurança. Cf. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 69 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 28193 da Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 11/05/2010, DJe-100 de 04/06/2010.

⁴⁷¹ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. X, p. 275-301, jul./ dez. 2012. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 12 mar. 2014, p. 277.

⁴⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 997.623/MT da Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02/06/2009. DJU 01/07/2009. Segundo Alexandre Câmara (2013, p. 75), o *leading case* a respeito da matéria foi BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 10484/DF da Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, j. 24/08/2005. DJ 26/09/2005 p. 163. CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 75.

processo sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva, quando a autoridade verdadeiramente responsável pelo ato pertencer à mesma pessoa jurídica daquela erroneamente indicada⁴⁷³. Entretanto, podemos observar que muitos magistrados e doutrinadores não aderem a este entendimento, havendo aqueles que defendem que a Lei 12.016/2009 teria instituído um litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica que esta integra⁴⁷⁴, e, ainda, aqueles que entendem que a autoridade coatora seria a única ré no processo do mandado de segurança⁴⁷⁵.

A doutrina e a jurisprudência discutem, ainda, sobre se o juízo poderia corrigir, de ofício, a indicação da autoridade coatora⁴⁷⁶ ou se deveria, em atenção ao princípio da demanda, intimar o autor a emendar a petição inicial, no prazo de quinze dias, para que esta passasse a indicar a autoridade coatora correta, nos termos do art. 321, CPC⁴⁷⁷. A necessidade de emenda da petição inicial leva a um atraso na prestação jurisdicional que pode ocasionar o perecimento do direito material, sobretudo quando se faz necessário o deferimento de medida liminar.

A necessidade de o juízo de primeira instância declinar da competência em favor de um tribunal superior, quando verificar que a autoridade verdadeiramente responsável pelo ato impugnado se encontra dentre aquelas que conferem competência originária a algum tribunal

⁴⁷³ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55-58 e 74. No mesmo sentido, FUX, Luiz. **Mandado de segurança**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 26-28. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 842866/MT da Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 12/06/2007. DJ 03/09/2007, p. 127. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 06 jul. 2014. Cf., também, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no ARES 72398/RO da Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 10/04/2012. DJe 23/04/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

⁴⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 69-70.

⁴⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 993.272-AM da Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/05/2009. DJe 29.6.2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 935.

⁴⁷⁶ MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 73. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 58 e 74.

⁴⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS n. 9.450-DF da Primeira Seção, Rel. Luiz Fux, j. 09/06/2004. DJ 06.09.2004, p. 156. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 jul. 2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 17889/RS da Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 07/12/2004. DJ 28/02/2005, p. 187. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 jul. 2014. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 17889/RS da Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 07/12/2004. DJ 28/02/2005, p. 187. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 jul. 2014. FUX, Luiz. Op. cit., 2010, p. 27-28. O art. 6º, §4º, do Projeto que deu origem à lei 12.016/2009 previa a possibilidade de o impetrante emendar a inicial em 10 dias caso a autoridade coatora suscitasse ser parte ilegítima, mas foi vetado quando da sanção à referida Lei. MEIRELLES; WALD; MENDES; FONSECA. Op. cit., p. 73.

para processar e julgar o mandado de segurança também gera considerável atraso da prestação jurisdicional, o que pode comprometer a efetividade do processo. Assim, propomos uma emenda à CRFB/1988 que deixe expresso, no art.5º, LXIX, que a competência para processar e julgar o *mandamus* será sempre do juízo de primeira instância, quando a autoridade coatora pertencer ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo. Assim, o processamento e julgamento do *mandamus* pela primeira instância, no caso do responsável pelo ato integrar o Poder Executivo ou o Poder Legislativo passaria a fazer parte da garantia fundamental relativa ao mandado de segurança. Sendo a garantia do mandado de segurança uma cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, IV, CRFB/1988, uma vez incorporada a esta a competência da primeira instância nos casos supramencionados, o art. 5º, LXIX, não poderá mais ser alterado, por emenda, visando ao retorno da competência aos tribunais.

Atualmente, a competência para processar e julgar ação que impugna ato de autoridade pertencente ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo é sempre da primeira instância, caso o autor opte pelo rito da ação popular⁴⁷⁸, pelo da ação civil pública (art. 1º, §2º, Lei 8.437/1992) ou mesmo pelo procedimento comum do CPC. Assim, nestes procedimentos, o ato impugnado pode ser invalidado por uma sentença proferida por um juiz de primeira instância. Além disso, tendo em vista que a vedação do art. 1º, §1º, Lei 8.437/1992, é inconstitucional, por inviabilizar o acesso ao direito material por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988), nestes procedimentos, o ato impugnado também pode ser invalidado por uma decisão interlocutória de mérito proferida por um juiz de primeira instância, que conceda, a pedido, tutela provisória. Por esta razão não se justificam os dispositivos constitucionais que preveem a competência originária de determinados tribunais para julgar o mandado de segurança que impugna atos praticados por certas autoridades.

⁴⁷⁸ Nesse sentido, o seguinte precedente do STF: "EMENTA: AÇÃO POPULAR – AJUIZAMENTO CONTRA A PRESIDENTE DA REPÚBLICA – PRETENDIDA DECRETAÇÃO DA PERDA DO MANDATO PRESIDENCIAL E DA PRIVAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS – FALTA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – REGIME DE DIREITO ESTRITO A QUE SE SUBMETE A DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA DA CORTE SUPREMA – DOCTRINA – PRECEDENTES – AÇÃO POPULAR NÃO CONHECIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – quer sob a égide da vigente Constituição republicana, quer sob o domínio da Carta Política anterior – firmou-se no sentido de reconhecer que não se incluem na esfera de competência originária da Corte Suprema o processo e o julgamento de ações populares constitucionais, ainda que ajuizadas contra atos e/ou omissões do Presidente da República. Doutrina. Precedentes". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 5856 AgR do Tribunal Pleno, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, j. 25/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 14-12-2015 PUBLIC 15-12-2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2016.

CRFB/1988	Proposta de emenda à CRFB/1988
Art. 5º. [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;	Art. 5º. [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança individual ou coletivo para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, sendo a competência para processá-lo e julgá-lo da primeira instância, sempre que o responsável pelo ato impugnado integrar o Poder Executivo ou o Poder Legislativo;

Consequentemente, a mesma emenda constitucional deve alterar a redação dos arts. 102, I, e 105, I, da CRFB/1988 e, em especial, do art. 102, I, “d”, “r”, e do art. 105, I, “b” da CRFB/1988, de modo a retirar do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a competência originária para julgar o mandado de segurança, quando a autoridade responsável pelo ato integrar o Poder Executivo ou o Poder Legislativo. A redução da competência do STF e do STJ para processar e julgar o mandado de segurança permitiria a estes tribunais dedicar mais tempo e demais recursos econômicos às suas missões constitucionais precípuas: a guarda da Constituição, no caso do STF, e a uniformização da interpretação do Direito federal, no caso do STJ, já que um número consideravelmente menor de processos de mandado de segurança seria ajuizado ou remetido ao STF e ao STJ⁴⁷⁹.

Consideramos mais adequado, em termos práticos, utilizar como critério definidor da competência para processamento e julgamento do mandado de segurança o Poder a que pertence a autoridade responsável pelo ato do que a função desempenhada pela mesma, já que a definição da competência em razão da função daria margem à discussão, no processo, acerca da natureza da função exercida pela autoridade coatora: se executiva, legislativa ou jurisdicional, o que poderia atrasar desnecessariamente a prestação jurisdicional. Assim, em razão do critério adotado, caberia ao STF processar e julgar originariamente, tão somente, os mandados de segurança contra atos do próprio STF ou do CNJ. O STJ, por sua vez, manteria,

⁴⁷⁹ Referimo-nos, aqui, aos órgãos jurisdicionais inferiores que declinam da competência para processar e julgar o mandado de segurança em favor do STF ou do STJ, quando a autoridade responsável pelo ato impugnado encontra-se dentre aquelas arroladas nos arts. 102, I, “d”, e 105, I, “b” da CRFB/1988, remetendo o processo de mandado de segurança ao tribunal superior competente.

unicamente, a competência para processar e julgar mandados de segurança contra atos do próprio STJ.

CRFB/1988	Proposta de emenda à CRFB/1988
<p>Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:</p> <p>I - processar e julgar, originariamente: [...]</p> <p>d) [...] o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;</p> <p>r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;</p> <p>Sem correspondente.</p>	<p>Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:</p> <p>I - processar e julgar, originariamente: [...]</p> <p>d) [...] o mandado de segurança contra atos do próprio Supremo Tribunal Federal; [...]</p> <p>r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público, excetuados, neste último caso, os mandados de segurança;</p> <p>s) o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;</p>

CRFB/1988	Proposta de emenda à CRFB/1988
<p>Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:</p> <p>I - processar e julgar, originariamente: [...]</p> <p>b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;</p>	<p>Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:</p> <p>I - processar e julgar, originariamente: [...]</p> <p>b) os mandados de segurança contra ato do próprio Tribunal; [...]</p> <p>j) os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do</p>

	Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;
--	---

É necessário, ainda, modificar quaisquer dispositivos de lei federal que atribuam competência originária a qualquer tribunal para processar e julgar mandados de segurança contra atos de autoridades integrantes do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. Assim, evitar-se-á a declaração de inconstitucionalidade de tais dispositivos por afrontarem a nova redação a ser atribuída aos arts. 5º, LXIX; 102, I; e 105, I, da CRFB/1988, segundo a qual a competência para processar e julgar mandado de segurança contra ato emanado de autoridade pertencente ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo é da primeira instância, seja qual for esta autoridade. Assim, por exemplo, é preciso modificar a redação do art. 22, I, “e”, do Código Eleitoral de modo a retirar deste dispositivo a previsão de que a competência para julgar mandado de segurança contra atos de Ministros de Estado é do TSE, além de adequar seu texto à Resolução do Senado Federal n.º 132/1984⁴⁸⁰.

Código Eleitoral (Lei 4.737/1965)	Proposta de alteração da Lei 4.737/1965
Art. 22. Compete ao Tribunal Superior: I - Processar e julgar originariamente: [...] e) o habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, relativos a atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos Tribunais Regionais; ou, ainda, o habeas corpus, quando houver perigo de se consumir a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração;	Art. 22. Compete ao Tribunal Superior: I - Processar e julgar originariamente: [...] e) o habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, relativos a atos dos Tribunais Regionais; ou, ainda, o habeas corpus, quando houver perigo de se consumir a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração;

Da mesma forma, é necessário alterar a redação do art. 29, I, do Código Eleitoral de forma a retirar dos Tribunais Regionais Eleitorais a competência para processar e julgar originariamente os mandados de segurança contra atos de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade.

⁴⁸⁰ BRASIL. Resolução do Senado Federal n.º 132/1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/RSF/ResSF132-1984.htm>. Acesso em: 06 jul. 2014.

Código Eleitoral (Lei 4.737/1965)	Proposta de alteração da Lei 4.737/1965
Art. 29. Compete aos Tribunais Regionais: I - processar e julgar originariamente: [...] e) o habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, contra ato de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade e, em grau de recurso, os denegados ou concedidos pelos juízes eleitorais; ou, ainda, o habeas corpus quando houver perigo de se consumir a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração;	Art. 29. Compete aos Tribunais Regionais: I - processar e julgar originariamente: [...] e) o habeas corpus, em matéria eleitoral, contra ato de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade e, em grau de recurso, o habeas corpus ou o mandado de segurança denegado ou concedido pelo juiz eleitoral; ou, ainda, o habeas corpus quando houver perigo de se consumir a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração;

Além disso, seria oportuno deixar expresso, no art. 678, I, “b”, 3, da CLT, que a competência do Pleno de cada Tribunal Regional do Trabalho se restringe ao processo e julgamento dos mandados de segurança contra atos praticados por juiz do trabalho de primeira instância vinculado ao respectivo TRT.

CLT (Decreto-Lei n.º 5.452/1943).	Proposta de alteração da CLT.
Art. 678 - Aos Tribunais Regionais, quando divididos em Turmas, compete: I - ao Tribunal Pleno, especialmente: [...] b) processar e julgar originariamente: [...] 3) os mandados de segurança;	Art. 678 - Aos Tribunais Regionais, quando divididos em Turmas, compete: I - ao Tribunal Pleno, especialmente: [...] b) processar e julgar originariamente: [...] 3) os mandados de segurança contra ato de juiz do trabalho de primeira instância;

No mesmo sentido, cada Estado da Federação deve proceder à necessária emenda à sua Constituição Estadual para que esta não ofenda a redação aqui proposta para o art. 5º, LXIX, CRFB/1988. Assim, cada Constituição Estadual deve deixar de prever a competência originária do Tribunal de Justiça para processar e julgar mandado de segurança contra ato emanado de qualquer autoridade pertencente ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo. Nesse sentido, propomos a seguinte emenda à Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

Constituição do Estado do Rio de Janeiro	Proposta de Emenda à Constituição do Estado do Rio de Janeiro
<p>Art. 161 - Compete ao Tribunal de Justiça: [...] IV - processar e julgar originariamente: [...] e) mandado de segurança e o habeas data contra atos: 1 - do Governador; 2 - do próprio Tribunal; 3 - da Mesa Diretora e do Presidente da Assembleia Legislativa; 4 - do Tribunal de Contas do Estado; 5 - dos Secretários de Estado; 6 - dos Procuradores-Gerais da Justiça, do Estado e da Defensoria Pública; 7 - do Prefeito da Capital e dos Municípios com mais de 200.000 eleitores.</p>	<p>Art. 161 - Compete ao Tribunal de Justiça: [...] IV - processar e julgar originariamente: [...] e) o mandado de segurança contra atos do próprio Tribunal; [...] j) o habeas data contra atos: 1 - do Governador; 2 - do próprio Tribunal; 3 - da Mesa Diretora e do Presidente da Assembleia Legislativa; 4 - do Tribunal de Contas do Estado; 5 - dos Secretários de Estado; 6 - dos Procuradores-Gerais da Justiça, do Estado e da Defensoria Pública; 7 - do Prefeito da Capital e dos Municípios com mais de 200.000 eleitores.</p>

8.5 Alteração do ônus de indicar a autoridade coatora

Ante o exposto, podemos constatar que a exigência feita pelo art. 6º Lei 12.016/2009 no sentido de que o impetrante do mandado de segurança deve indicar, na petição inicial do referido processo, a autoridade responsável pelo ato impugnado gera uma série de problemas que acabam por retardar a prestação jurisdicional, comprometendo, muitas vezes, a efetividade do processo. Assim, propomos a extinção dessa exigência. A lei deveria exigir que o autor indicasse, na petição inicial do mandado de segurança, tão somente, o ato impugnado ou omitido e a pessoa jurídica responsável por sua edição. Caberia à Pessoa Jurídica que ocupa o polo passivo indicar, no prazo da contestação, a autoridade responsável pelo ato impugnado. Esta indicação ainda seria importante para a definição da competência para julgar o mandado de segurança em razão da hierarquia, quando o *mandamus* houver sido impetrado contra ato de autoridade judiciária e seria, em todo caso, relevante para a intimação da autoridade coatora a cumprir a decisão judicial que defere a segurança, seja em sede de liminar, seja na decisão definitiva do referido processo, bem como para a imposição de

medidas coercitivas contra a autoridade coatora em caso de descumprimento da referida decisão.

Lei 12.016/2009	Proposta de alteração da Lei 12.016/2009
<p>Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.</p> <p>§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.</p> <p>§ 2º Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.</p> <p>§ 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. [...].</p>	<p>Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará o ato impugnado ou omitido, bem como a pessoa jurídica responsável por sua edição.</p> <p>§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.</p> <p>§ 2º Revogado.</p> <p>§ 3º Coatora é a autoridade que praticou o ato impugnado, ou a que ordenou a sua prática, ou a que omitiu o ato devido. [...].</p>

Lei n.º 12.016/2009

Proposta de alteração da Lei

	12.016/2009
<p>Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:</p> <p>I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;</p> <p>II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;</p> <p>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.</p> <p>§ 1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. [...]</p> <p>§ 3º Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.</p> <p>§ 4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento. [...]</p>	<p>Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:</p> <p>I – que a pessoa jurídica de que emanou o ato impugnado seja citada, por meio de seu órgão de representação judicial, para que indique a autoridade responsável pelo ato e, querendo, ofereça contestação no prazo de 10 (dez) dias;</p> <p>II - 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.</p> <p>§1º A citação da pessoa jurídica de que emanou o ato impugnado deve ser acompanhada da segunda via da petição inicial com as cópias dos documentos que a instruem.</p> <p>§3º Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.</p> <p>§ 4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento. [...]</p>

9 FIM DAS VEDAÇÕES À LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA, À TUTELA PROVISÓRIA E AO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Parte da doutrina do Direito Processual Civil aponta o princípio da supremacia do interesse público, tradicionalmente reconhecido pelos doutrinadores do Direito Administrativo⁴⁸¹, como fundamento das vantagens processuais da Fazenda Pública. Segundo

⁴⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 69, conceitua o interesse público como “como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade” e o considera “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.” Já para, MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 43: “sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum”. OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 102-105, abr./jun. 2000: “[...] o princípio da superioridade do interesse público sobre o privado seria, rigorosamente, um princípio, em numerosos casos, mas também poderia ser uma regra constitucional de prevalência automática em tantos outros, mormente quando essa norma definisse finalisticamente o interesse público a ser perseguido pelos agentes públicos e não houvesse espaço para alternativas. Em todo caso, a prevalência de um interesse público sobre o privado, na órbita judicial, somente pode ocorrer nos casos concretos, jamais de forma abstrata (enquanto princípio), absoluta, radical e inafastável, como, de resto, ocorre com o fenômeno jurídico nessa esfera. No plano legislativo, há que se reconhecer a existência de inúmeras leis de Direito Público que vêm à tona impulsionadas pelo princípio ora em debate, revelando-se tal princípio uma norma instituidora de outras normas, valores e fins legislativos. Finalmente, a ação administrativa é pautada, finalisticamente, pela perseguição, inafastável do interesse público, que é, nessa medida, superior ao interesse privado notadamente quando se trata de restringir direitos individuais. À luz da já mencionada classificação de regras e princípios, o ‘princípio’ da superioridade do interesse público sobre o privado poderia ser, além de princípio, uma ‘regra’. Quando se trata de vislumbrar o único fim possível para a Administração e os agentes públicos, notadamente para a função administrativa, ele parece atuar, ao menos em muitos casos, como um ‘tudo ou nada’ nas ações administrativas. Ao incidir, determina que se atenda o interesse público em detrimento do privado, tomando imperiosa uma atuação do agente público é dizer, situando em plano secundário e subalterno os interesses privados seus ou de terceiros, prevalecendo o interesse público. Não é, em geral, um dever-ser apenas ‘ideal’, tampouco um mandado de otimização, embora se possa falar em realização do interesse público na maior medida possível em numerosas situações. Seria uma regra constitucional presente na norma que se encontra no sistema, uma norma vinculante que permite o controle de validade de outras normas jurídicas, sejam regras, sejam princípios. Seria uma norma equiparável à legalidade, à irretroatividade, ou anterioridade da tributação, todas já classificadas alhures como ‘meta-regras’. Assim sendo, essa nonna também sena uma “meta-regra” ou uma regra à luz desses critérios. O interessante é que, de qualquer sorte, essa mesma norma que determina fins cogentemente públicos à atividade administrativa e legislativa tuteladas pelo Direito Administrativo é, além de regra, também um princípio, porque fundamenta a criação de outras nonnas, detennina e orienta a ação infraconstitucional dos Poderes Públicos, institui valores e atua como um dever-ser ideal em variadas hipóteses. Como se vê, de qualquer modo, estaríamos diante de uma norma constitucional, um comando de dever-ser. [...] O interesse público não é apenas um valor, como qualquer outro, para o Direito Administrativo. Por certo que valores podem ser inclusive instituídos pelo princípio da superioridade do interesse público sobre o privado, mas a existência mesma desse princípio significa uma normatividade constitucional a vincular Legislador e Administrador Público em determinadas direções, ao mesmo tempo em que constitui uma importante garantia aos ‘cidadãos’ no sentido de que a atuação pública resulta racionalmente controlável pelo Judiciário, seja quando se trate de coibir privilégios abusivamente outorgados à Administração Pública, seja quando se trate de examinar o problema do desvio de poder ou de finalidade. A superioridade do interesse público sobre o privado é uma norma constitucional que incide no Direito Administrativo brasileiro, ora como regra, ora como princípio. Resulta implicitamente do

esta perspectiva, sempre que o Estado é condenado a pagar certa quantia ou a cumprir determinada obrigação de fazer em prol de um indivíduo ou de um conjunto determinado ou determinável de pessoas, haveria dispêndio de uma parcela do erário. Ora, sendo os recursos públicos limitados, tal gasto acabaria por comprometer, senão total, ao menos parcialmente, os serviços públicos que o Estado realizaria em benefício de toda a coletividade. Dessa forma, o interesse público estaria sendo comprometido⁴⁸². Entretanto, a Constituição Federal de 1988 não consagrou o princípio da supremacia do interesse público quer expressa⁴⁸³, quer tacitamente, razão pela qual o mesmo não existe no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro⁴⁸⁴. Por esta razão, não pode fundamentar as referidas vantagens. Não obstante, a

sistema constitucional e produz importantes consequências normativas na ordem jurídica, não se restringindo a figurar como mera causa sócio-política de outras normas jurídicas.”.

⁴⁸² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 32: “Em razão da própria atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública ostenta condição diferenciada das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos. Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais [...]”. No mesmo sentido, MORAES, José Roberto de. *Prerrogativas processuais da Fazenda Pública*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coords.). **Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 69, afirma que: “quando a Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso. [...] Ora, no momento em que a Fazenda Pública é condenada, sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente essa massa de recurso que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade, a autoridade pública é mera administradora.”. Ainda no mesmo sentido, RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 8, observa que: “Um primeiro fundamento justificador das regras processuais especiais que beneficiam as pessoas jurídicas de direito público é o princípio da supremacia do interesse público, pois o interesse público embasa a edição de normas especiais em favor do Poder Público.”.

⁴⁸³ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 8, observa que: “ao tratar dos Poderes estatais e em especial da Administração Pública, a Constituição não arrolou expressamente a supremacia do interesse público sobre o privado como uma característica com status constitucional.”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 32: “É antiga a ideia de que o todo vem antes das partes, remontando a Aristóteles o primado do público. resultando na contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e na necessária subordinação, até a eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como na irreducibilidade do bem comum à soma dos bens individuais. Daí resulta a supremacia do interesse público, constituindo um dos alicerces de todo o direito público. É bem verdade que não há, expressamente, um texto ou enunciado, contido na Constituição Federal, do qual se extraia tal norma. Sua consolidação, todavia, decorre, como visto, de uma ideia antiga e praticamente universal, segundo a qual se deve conferir prevalência ao coletivo em detrimento do individual. Ademais, há normas que não possuem um texto a elas diretamente relacionado, não sendo inusitado existir uma norma sem que haja um texto que a preveja expressamente.”.

⁴⁸⁴ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da Supremacia do interesse Público**. 1. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 213-215: “o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o privado’ não é, rigorosamente, um princípio jurídico ou norma-

princípio: conceitualmente ele não uma norma-princípio: ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas; normativamente ele não é uma norma-princípio: ele não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente; ele não pode conceitualmente e normativamente descrever uma relação de supremacia: se a discussão é sobre a função administrativa, não pode 'o' interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados. As ponderações feitas tornam também claro que este 'princípio' não pode ser havido como um postulado explicativo do Direito Administrativo: ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público; ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um 'princípio abstrato de supremacia' teríamos 'regras condicionais concretas de prevalência' (variáveis segundo o contexto). Dessa discussão orientada pela teoria geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes conseqüências. Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse "princípio". Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. Como isso deve ser feito, é assunto para outra oportunidade. O esclarecimento dos fatos na fiscalização de tributos, a determinação dos meios empregados pela administração, a ponderação dos interesses envolvidos, pela administração ou pelo Poder Judiciário, a limitação da esfera privada dos cidadãos (ou cidadãos contribuintes), a preservação do sigilo, etc. são, todos esses casos, exemplos de atividades administrativas que não podem ser ponderadas em favor do interesse público e em detrimento dos interesses privados envolvidos. A ponderação deve, primeiro, determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger, ao máximo, esses mesmos bens. Caminho bem diverso, portanto, do que direcionar, de antemão, a interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, o que quer que isso possa vir a significar. Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. E essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular." SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da Supremacia do interesse Público**. 1. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 27 e 89, enxerga: "uma absoluta inadequação entre o princípio da supremacia do interesse público e a ordem jurídica brasileira, como também pelos riscos que sua assunção representa para a tuteladosdireitosfundamentais". Nota, também, que o referido princípio se baseia "numa compreensão equivocada da relação entre pessoa humana e Estado, francamente incompatível com o *leitmotiv* do Estado Democrático de Direito, de que as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos". Demonstra "que a cosmovisão subjacente ao princípio em debate apresenta indisfarçáveis traços autoritários, que não encontram respaldo numa ordem constitucional como a brasileira, em cujo epicentro axiológico figura o princípio da dignidade da pessoa humana.". Observa que a incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular "teria o condão de esvaziá-los por completo". Segundo este autor, "é bem diferente afirmar que a Administração deve perseguir interesses públicos, afetos à coletividade, e não aqueles dos governantes – o que pode justificar o reconhecimento de um princípio de tutela do interesse público – e sustentar que estes interesses da coletividade devam prevalecer sobre os direitos fundamentais dos cidadãos. Na verdade, o dogma vigente entre os publicistas brasileiros, da supremacia do interesse público sobre o particular, parece ignorar nosso sistema constitucional, que tem como uma das suas principais características a relevância atribuída aos direitos fundamentais. O discurso da supremacia encerra um grave risco para a tutela de tais direitos, cuja preservação passa a depender de valorações altamente subjetivas feitas pelos aplicadores do direito em cada caso.". ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 83-84, sustenta que: "[...] as situações disciplinadas pelo direito público são muito mais complexas do que aquela que poderia ser resolvida por uma abstrata e geral prevalência do interesse público sobre o interesse privado. O que deve ser feito é ponderar os diversos interesses juridicamente tutelados que estiverem em jogo, sejam eles públicos ou privados, ponderação esta que só pode ser realizada diante de cada situação. Não existe uma norma geral constitucional ou legal de prevalência do interesse público. O que ocorre é que, muitas vezes, a própria Constituição ou as leis previamente ponderam os interesses envolvidos dando preponderância ao interesse público (por exemplo, nas desapropriações e nas requisições administrativas).

noção de interesse público, que coincide com a de juridicidade⁴⁸⁵, deve pautar o agir estatal, inclusive em juízo. Não obstante seja um conceito indeterminado, “o termo ‘interesse público’, em um Estado Democrático de Direito, admite uma e única conceituação genérica: é o interesse de que o Estado respeite a Constituição e as demais normas compatíveis com ela.”⁴⁸⁶. Assim, “o interesse público não pode ser tido *a priori* abstratamente como um sinônimo de razões de Estado, ou de interesse coletivo, porque isso seria até mesmo um conceito vazio”. De fato, “corresponde às tarefas constitucionais e infraconstitucionais atribuídas ao Estado, não só em favor da coletividade, mas também aos membros do todo

Nessas hipóteses, foi a lei ou a Constituição que preestabeleceu a preponderância do interesse público sobre o interesse do particular, preponderância que não pode ser *a priori* estendida automaticamente a circunstâncias para as quais não houve esta ‘pré-ponderação’ constitucional ou legal. Note-se, por outro lado, que muitas vezes a Constituição também pré-pondera em determinados casos o interesse privado em detrimento do interesse público, quando, por exemplo, dá preferência ao sigilo de correspondência em detrimento do interesse público na averiguação de crimes. E mesmo quando, como nos casos referidos no parágrafo anterior, dá preferência ao interesse público, não desconsidera o interesse particular, já que, no exemplo das desapropriações e requisições administrativas, se, por um lado, o particular é compulsoriamente subtraído da sua propriedade, por outro, é-lhe assegurado o direito a ser indenizado.”. Também MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, e-book, item 20.3, defende que: “No constitucionalismo pós-moderno, que gravita em torno dos direitos fundamentais, não há como sustentar-se o antigo princípio da supremacia do interesse público, que partia da existência de uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados. Na verdade, tal relação constante não mais se suporta, porque no Estado Democrático de Direito, quaisquer interesses só podem estar subordinados ou supraordinados, uns aos outros, conforme o disponha a lei, mas esta, por sua vez, não poderá romper a hierarquia axiológica constitucional estabelecida em função do primado da pessoa humana, que se expressa nas liberdades, direitos e garantias fundamentais, e que poderá ser apenas e excepcionalmente temperado pela previsão de um específico interesse público que justifique limitar ou condicionar essas expressões indissociáveis das pessoas. Assim, tanto a definição do interesse público quanto a imposição de uma específica supremacia, preterindo quaisquer outros interesses igualmente agasalhados pela ordem jurídica, dependerão, única e exclusivamente, das opções que sejam feitas, expressamente na Constituição e, só então, mas sempre desta dependente, inafastavelmente previstas nas leis. É da essência do Estado Democrático de Direito, pois fundado no primado da pessoa, que os direitos e garantias fundamentais só cedam diante de uma expressa e inequívoca preceituação constitucional e, assim mesmo, restritamente, ou seja: quando, como e onde essa supremacia admitidamente se impuser.”.

⁴⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 149: “Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e estruturante do Estado democrático de direito. A filtragem constitucional do direito administrativo dar-se-á, assim, pela superação do dogma da onipotência Lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional. A ideia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição. A juridicidade administrativa poderá, portanto: (I) decorrer diretamente da normativa constitucional; (II) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina) estabelecidos constitucionalmente. Cumpre, pois, estudá-los de forma sistemática, dentro da realidade constitucional brasileira.”.

⁴⁸⁶ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Interesse público e direitos do contribuinte**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 130.

individualmente”⁴⁸⁷. Consequentemente, o Estado, não pode, por exemplo, arrecadar tributos além das limitações constitucionais e legais ao poder de tributar, nem pagar remuneração inferior àquela estabelecida em lei aos seus servidores, nem deixar de pagar indenização prevista na Constituição ou em lei, ainda que tais ações possam incrementar o erário e, indiretamente, políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, tais como a saúde, a educação, a segurança pública, a moradia, etc. Caso, tenha havido, de fato, violação à Constituição ou à lei, por parte do Estado, e a vítima desta venha a ajuizar ação inibitória, de remoção dos efeitos do ilícito, ou ressarcitória, o ente público tem o dever de cooperar com a contraparte, reconhecendo a procedência do pedido do autor⁴⁸⁸. Deve, ainda, tomar todas as providências necessárias à implementação do direito do demandante, no mais curto espaço de tempo possível, colaborando para a duração razoável do processo.

Como o conceito de interesse público corresponde ao de juridicidade, para atendê-lo, por vezes, o Estado terá que despende parte do erário para realizar o direito de apenas um ou de alguns administrados, como ao fornecer um medicamento, realizar um pagamento, ou

⁴⁸⁷ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 9.

⁴⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 66-68: “[...] enquanto mera subjetivação de interesses, à moda de qualquer sujeito, o Estado poderia ter interesse em tributar desmesuradamente os administrados, que assim enriqueceria o Erário, conquanto empobrecesse a Sociedade; que, sob igual ótica, poderia ter interesse em pagar valores ínfimos aos seus servidores, reduzindo-os ao nível de mera subsistência, com o quê refrearia ao extremo seus dispêndios na matéria; sem embargo, tais interesses não são interesses públicos, pois estes, que lhe assiste prover, são os de favorecer o bem-estar da Sociedade e de retribuir condignamente os que lhe prestam serviços. [...] seria concebível um interesse da pessoa Estado em recusar administrativamente – e até a questionar em juízo, se convocado aos pretórios – responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros, mesmo que os houvesse causado. Teria interesse em pagar valor ínfimo nas desapropriações, isto é, abaixo do justo, inobstante o preceito constitucional. Com todos estes expedientes, muitos dos quais infelizmente (e injustamente) adota, resguardaria ao máximo seu patrimônio, defendendo interesses à moda de qualquer outro sujeito, mas agrediria a ordem normativa. Ocorre que em todas estas hipóteses estará agindo contra o Direito, divorciado do interesse público [...] que lhe assiste cumprir. [...] Tratando-se de um conceito jurídico, entretanto, é óbvio que a concreta individualização dos diversos interesses qualificáveis como públicos só pode ser encontrada no próprio Direito Positivo. Com efeito, a estrutura do conceito de interesse público responde a uma categoria lógico-jurídica, que reclama tal identificação. Inversamente, a individuação dos múltiplos interesses públicos responde a conceitos jurídico-positivos. Esclareçamos o alcance desta afirmativa. Uma coisa é a estrutura do interesse público, e outra é a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse que, perante este mesmo sistema, será reconhecido como dispondo desta qualidade. Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico –, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo. Com efeito, dita qualificação quem a faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido.”. , QUEIROZ, Pedro Gomes de. O poder-dever do Estado de fazer acordo em juízo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 590-618, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 21 jul. 2017.

cumprir uma obrigação de fazer⁴⁸⁹. Em outras ocasiões, o ente público atenderá ao interesse público, beneficiando um conjunto indeterminado de administrados, como quando constrói um hospital, ajuíza uma execução fiscal ou defende o erário ao contestar demanda infundada ajuizada contra si.

O princípio da igualdade material, consagrado pelo art. 5º, caput, CRFB/1988, fundamenta o benefício do prazo em dobro para todas as manifestações processuais, que o art. 183, CPC, confere às pessoas jurídicas de direito público, pois os entes públicos estão submetidos a exigências legais que tornam sua atuação mais lenta. Como os particulares não estão sujeitos a tais exigências, podem se desincumbir de seus ônus e deveres processuais com mais presteza. Por outro lado, os órgãos de representação judicial das pessoas jurídicas de direito público estão inevitavelmente submetidos a um grande volume de trabalho, o que também justifica os maiores prazos processuais⁴⁹⁰. De se notar, contudo, que o CPC reduziu

⁴⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da Supremacia do interesse Público**. 1. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. XIV-XV: “[...] em um Estado de direito democrático, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos. Mesmo quando não esteja em jogo um direito fundamental, o interesse público pode estar em atender adequadamente a pretensão do particular. É o que ocorre, por exemplo, no pagamento de indenização pelos danos causados por viatura da polícia a outro veículo; ou, ainda, no conserto de um buraco de rua que traz desconforto para um único estabelecimento comercial. O interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único cidadão.”

⁴⁹⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 33: “a Fazenda Pública, que é apresentada em juízo pela Advocacia Pública, defende o interesse público, não reunindo as mesmas condições de um particular para defender seus interesses em juízo. À Fazenda Pública conferem-se várias prerrogativas, sendo algumas, a exemplo dos prazos diferenciados e da remessa necessária, justificadas pelo excessivo volume de trabalho, pelas dificuldades estruturais da Advocacia Pública e pela burocracia inerente à sua atividade, que dificulta o acesso aos fatos, elementos e dados da causa.”. Em sentido semelhante, porém entendendo que o prazo em dobro que a lei confere à Fazenda Pública não se justifica, ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 198: “A situação somente se legitima na medida em que necessária a produção de prova documental, em face do trâmite interno complexo que muitas vezes prejudica a efetivação de uma defesa completa. O argumento da falta de estruturação não mais se justifica, com raras exceções no âmbito municipal. Como as consequências da inação ou mesmo da não apresentação de documentos são bastante graves, razões de ordem constitucional impõem a previsão de prazos diferenciados. Considerando-se que o escopo do processo é, mediante um debate amplo entre todos os sujeitos processuais, buscar a decisão mais aproximada de uma verdade possível com vistas à tutela dos direitos, não é injustificada a previsão do art. 183, pois visa a proteger o contraditório (a ser desempenhado pelo ente), diante da pouca proximidade das estruturas de procuradoria aos órgãos da administração, o que tendencialmente pode vir a impedir a obtenção de provas e, inclusive, da versão de fatos que eventualmente sejam passíveis de discussão. Essa justificativa, entretanto, não legitima prazos em dobro para recurso, especialmente aqueles das decisões definitivas, pois nesse momento processual o objeto litigioso já se estabilizou, não havendo mais espaço para alegações ou provas novas.”

pela metade o prazo de que a Fazenda Pública gozava para contestar, na vigência do revogado art. 188, CPC/1973⁴⁹¹, tendo em conta que os órgãos de representação judicial dos entes públicos encontram-se atualmente muito melhor estruturados do que estavam em 1973. Aliás, o Prof. Alfredo Buzaid, chegou a propor, no Anteprojeto que apresentou ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores, em 1964, a uniformização dos prazos processuais da Fazenda Pública aos dos particulares⁴⁹², ou seja, a extinção da regra do art. 32, CPC/1939, então vigente, *in verbis*: “Aos representantes da Fazenda Pública contar-se-ão em quádruplo os prazos para a contestação e em dobro para a interposição de recurso.”⁴⁹³. Assim, podemos constatar que a prerrogativa do prazo estendido caminha para sua extinção.

Importa salientar que parte da doutrina brasileira sustenta que a instituição, por lei, de prazo processual mais extenso para a Fazenda Pública do que aquele estabelecido para os particulares afronta o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, CRFB/1988), sendo, portanto, inconstitucional⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ “Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.”. BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 26 jul. 2017.

⁴⁹² BUZOID, Alfredo. Anteprojeto de Código de Processo Civil: apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro, 1964, p. 67. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 jul. 2017: “Art. 207. Para falar nos autos terão o representante da Fazenda Pública e o órgão do Ministério Público prazo igual ao das partes”. Contudo, no Projeto do Código de Processo Civil de 1973, que apresentou ao Presidente da República em 31 de julho de 1972, o Prof. Alfredo Buzaid, então Ministro de Estado da Justiça, reintroduziu o prazo em quádruplo para a Fazenda Pública contestar e em dobro para recorrer, tal como previsto no art. 32, CPC/1939: “Artigo 193. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.”. BRASIL. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Código de Processo Civil**: histórico Lei. v. I. t. I. Brasília, 1974.

⁴⁹³ BRASIL. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>.

⁴⁹⁴ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 65-67: “Há, geralmente, em qualquer país normas diferenciadas nos processos judiciais contra o Poder Público, mas tais normas não devem servir para afastar a efetividade ou tornar o Estado processualmente irresponsável. Com efeito, tais dispositivos que formam um autêntico regime processual de exceção não podem mais prevalecer, por diversas razões. Em primeiro lugar, a informatização dos Poderes Públicos é uma realidade, de modo que informações podem ser levadas com uma velocidade incrível a qualquer canto do planeta, através da internet. Não se pode olvidar que o cidadão é titular do direito a uma boa Administração, direito este que deve ser concretizado a partir do princípio da eficiência, não podendo a Administração Pública se esquivar dos seus deveres com a alegação de que é ineficiente quando, na verdade, possui todas as condições necessárias para equipar suas repartições e procuradorias. Realmente, não há hoje qualquer justificativa para prazos diferenciados em favor do Poder Público, porque o argumento da lentidão da Administração não mais se justifica. Qual é a mágica que permite ao Poder Público, quando parte na demanda trabalhista, recorrer no prazo de dezesseis dias (já que os prazos recursais são na Justiça do Trabalho, em regra, de oito dias, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 894 e ss.) e impede a interposição de recurso no prazo de quinze dias que tem o particular na Justiça Federal? Por que não só em países europeus, mas também em países da América do Sul, o Poder Público é capaz de agir processualmente sem com eficiência, sem prazos diferenciados?”.

O art. 100, da CRFB/1988, estabelece, de forma expressa, a prerrogativa processual da execução de sentença condenatória proferida contra a Fazenda Pública, por meio de precatórios, em razão da necessidade de previsão orçamentária de tais pagamentos, de modo a permitir o planejamento dos gastos públicos, e da necessidade de evitar a penhora de valores ou de bens necessários à realização de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais. A presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos tem como consequência a atribuição do ônus da prova da ilegalidade do ato administrativo ao administrado que a alegar. Ora, tanto a execução por meio de precatórios, como a atribuição do ônus da prova da ilegalidade de determinado ato administrativo ao autor da ação judicial são corolários do princípio da igualdade material (art. 5º, CRFB/1988)⁴⁹⁵.

Podemos concluir que somente situações concretas podem justificar, à luz dos princípios da igualdade substancial (art. 5º, CRFB/1988), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988), as prerrogativas processuais da Fazenda Pública previstas em lei⁴⁹⁶.

O único fundamento apontado pela doutrina recente para a remessa necessária é o pretense princípio da supremacia do interesse público sobre o particular⁴⁹⁷. Ocorre que, como

⁴⁹⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 33: “Há, por outro lado, prerrogativas que decorrem do direito material envolvido ou da própria natureza das pessoas jurídicas de direito público. o ônus da prova é, em regra, atribuído ao particular, em razão da presunção de legitimidade dos atos administrativos. A execução contra a Fazenda Pública é estruturada de modo a não haver constrição, nem expropriação de bens, devendo ser expedido precatório ou requisição de pequeno valor para a efetivação de sentenças condenatórias. Esses detalhes reforçam a desigualdade entre a Fazenda Pública e os particulares, justificando a existência de prerrogativas processuais em favor do Poder Público.”. Quanto à presunção de legitimidade dos atos administrativos, ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 164, observa que: “Como a Administração está obrigada a fazer apenas o que está previsto ou genericamente autorizado na lei, presume-se, de modo relativo, que seus atos são legítimos, tanto em relação aos fatos quanto em relação às razões jurídicas que os motivaram. De modo bastante exemplificativo desse atributivo, o art. 19, II, da CF estabelece que um ente político não pode recusar fé aos documentos públicos dos demais entes. As consequências práticas da presunção de legitimidade são duas. Em primeiro lugar, os atos administrativos podem ser imediatamente executados (autoexecutoriedade). Além disso, o ônus da prova da ilegalidade do ato cabe a quem alega (presunção relativa). Ou seja, não é a Administração que tem de provar que o ato é legal ou que os fatos por ela invocados realmente ocorreram, sem embargo das críticas com as quais concordamos a uma aplicação exageradamente ampla desse atributo, que deve ser vista à luz das exigências do devido processo legal.”.

⁴⁹⁶ ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 197: “A grande justificativa ordinariamente fornecida para a outorga de prerrogativas ao poder público é o interesse público, compreendido aqui como uma ideia que representa uma necessidade racional para a comunidade política. A diferenciação no tratamento, ainda que seja explicada por razões de “interesse público”, só se legitima, entretanto, se outras finalidades estiverem sendo atingidas, uma vez que não há efetiva supremacia do interesse público sobre o interesse particular (ao contrário, há coordenação). No processo, para verificação da legitimidade da distinção feita em face da Fazenda Pública, a métrica adequada deverá ser o direito de influência que, se restringido, impede a promoção da finalidade de dar tutela aos direitos. Assim, a diferenciação das posições processuais à Fazenda Pública é *a priori* ilegítima, na medida em que claramente desequilibra posições processuais. Daí por que toda hipótese pontual de tratamento diversificado deve ser analisada com ressalvas, funcionando o contraditório-influência como métrica para verificação da legitimidade ou não da distinção.”.

demonstrado acima, o referido princípio inexistente no ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, a referida vantagem processual não se justifica sob o ponto de vista do princípio da igualdade material. Assim, trata-se de verdadeiro privilégio da Fazenda Pública que não encontra fundamento na Constituição Federal⁴⁹⁷. De qualquer modo, o art. 496, §3º, CPC, inovou ao ampliar os valores que limitam a remessa necessária, em relação ao revogado art. 475, §2º, CPC. Da mesma forma, os §§ 3º e 4º do art. 496, CPC, que estabelecem exceções à regra do duplo grau de jurisdição obrigatório⁴⁹⁹ se aplicam ao procedimento do mandado de segurança, já que o art. 14, §1º, Lei 12.016/2009, não os derroga, de forma expressa, não se aplicando, portanto, o princípio da especialidade. Além disso, não é razoável que a remessa necessária seja aplicada ao procedimento do *mandamus*, projetado para ser o mais célere possível, em virtude da existência de prova documental pré-constituída, quando não o é ao procedimento comum. O art. 496, §3º, CPC, somente não poderá ser aplicado ao mandado de segurança, quando não for possível determinar, até o momento de interposição da apelação, “o proveito econômico obtido na causa”. Isso porque, embora o direito pleiteado por meio do mandado de segurança seja líquido e certo, a sentença pode, eventualmente, ser ilíquida, o que impedirá a aplicação do art. 496, §3º, CPC⁵⁰⁰. Assim, podemos constatar que o instituto da

⁴⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 209-210, afirma que: “A obrigatoriedade do reexame em segundo grau das sentenças contrárias à Fazenda Pública não ofende o princípio da isonomia, corretamente entendido. A Fazenda não é um litigante qualquer. Não pode ser tratada como tal; nem assim a tratam outros ordenamentos jurídicos, mesmo no chamado Primeiro Mundo. O interesse público, justamente por ser público – ou seja, da coletividade como um todo – é merecedor de proteção especial num Estado democrático não menos que alhures. Nada tem de desprimorosamente “autoritária” a consagração de mecanismos processuais ordenados a essa proteção.”.

⁴⁹⁸ ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 199: “Há casos também de afronta à igualdade na previsão de procedimentos diversificados quando a Fazenda Pública está em juízo. Objetivamente, a justificativa apontada pela doutrina para a obrigatoriedade de remessa necessária repousa na sua natureza de instrumento voltado à tutela do patrimônio público. Ocorre que a potencialidade de prejuízo ao patrimônio da coletividade não impõe, por si só, a necessidade de tratamento diferenciado, uma vez que no debate processual haverá plenas oportunidades de desempenho do exercício da influência por todos os sujeitos processuais.”.

⁴⁹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, e-book, p. 239: “A sentença prolatada em observância à tese jurídica fixada em julgamento de incidente de demandas ou recursos repetitivos autoriza, do mesmo modo, por economia processual, a dispensa da remessa necessária, nos casos indicados no art. 496, em atenção ao § 4º, incisos II e III, CPC.”.

⁵⁰⁰ Nesse sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 581-584: “já restou firmada jurisprudência, no âmbito do STJ, ainda na época de vigência CPC de 1973, segundo a qual aquelas hipóteses de dispensa de remessa necessária não se aplicariam ao processo de mandado de segurança. É que, no entender da Corte Superior de justiça, o mandado de segurança regulava-se pela Lei 1.533/1951, aplicando-se as regras CPC apenas subsidiariamente, ou seja, quando houvesse omissão na lei de regência. Como o art. 12 da Lei 1.533/1951 estabelecia o reexame necessário, sem restrições, exceções ou sem qualquer hipótese de dispensa, não se aplicaria o CPC no particular, prevalecendo a norma especial frente à geral. Então, segundo o entendimento firmado no STJ, as hipóteses de dispensa de remessa necessária não se

remessa necessária tende à extinção, no ordenamento jurídico brasileiro. Todas as previsões legais de remessa necessária afrontam o princípio da igualdade substancial (art. 5º, caput, CRFB/1988). Assim, deveriam ser revogadas por serem inconstitucionais. Caso tal proposta não venha a ser acatada pelo legislador, sugerimos que, ao menos, as hipóteses de exceção à regra do duplo grau de jurisdição obrigatório estabelecidas pelo art. 496, §3º, CPC, sejam expressamente previstas pela Lei 12.016/2009, para que não restem dúvidas quanto à sua aplicação ao procedimento do mandado de segurança.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Art. 14. Da sentença, denegando ou	Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo

aplicam ao mandado de segurança. Se, no procedimento comum, não há, naquelas hipóteses, a remessa necessária, por que haveria num mandado de segurança? Ora, sabe-se que a única diferença entre uma demanda de rito comum e o mandado de segurança está na restrição probatória deste último, que se revela cabível apenas quando os fatos estiverem provados por documentos, de forma pré-constituída. Para que se mantenha unidade no sistema, é preciso, então, que se entenda que aquelas hipóteses de dispensa da remessa necessária alcancem também a sentença proferida no mandado de segurança. Não atende ao princípio da razoabilidade deixar de estender as hipóteses de dispensa da remessa necessária ao mandado de segurança. Demais disso, a previsão constitucional do mandado de segurança, ao fixar como requisito de sua admissibilidade o direito líquido e certo, pressupõe e exige um procedimento célere e expedito para o controle dos atos públicos. Daí por que se afina com a envergadura constitucional do mandado de segurança entender que os §§ 3º e 4º do art. 496 CPC a ele se aplicam, de sorte que, naqueles casos, não há remessa necessária. À evidência, as hipóteses de dispensa da remessa necessária alcançam também o mandado de segurança. Quanto à hipótese do §4º do art. 496 CPC, não há dúvida de que se aplica ao mandado de segurança, de maneira que, estando a sentença fundada em súmula de Tribunal Superior ou em precedente obrigatório, não há a remessa necessária. O problema está na aplicação ao mandado de segurança do §3º do art. 496 CPC, que dispensa a remessa necessária quando a condenação ou o direito controvertido for de valor certo de até os limites ali fixados. É que, muitas vezes, não há como se aferir o valor da condenação ou do direito discutido no writ, faltando parâmetros econômicos para que se aplique aquela norma. A sentença do mandado de segurança, quando impõe a condenação da parte demandada, costuma, não raramente, ser ilíquida, sendo necessária a posterior liquidação de sentença para, somente depois, haver a execução do julgado. Noutras situações, o valor é inestimável, não havendo como se aferir a repercussão econômica da causa. Ora, não é o valor da causa que dispensa a remessa necessária, mas sim o valor da condenação ou do direito controvertido. Então, não havendo como aferir tal valor, não tem como ser aplicada a disposição contida no referido §3º do art. 496 CPC, devendo proceder-se à remessa necessária. O §1º do art. 14 Lei 12.016/2009 reproduziu a regra contida no art. 12, Lei 1.533/1951, não fazendo qualquer ressalva. Deveria o legislador ter reproduzido, no art. 14 Lei 12.016/2009, as hipóteses de dispensa previstas no Código de Processo Civil. Não houve tal reprodução, afigurando-se provável que o STJ mantenha seu entendimento de que se deve proceder, sempre, à remessa necessária da sentença que concede a segurança. Muito embora prevaleça no STJ o entendimento contrário, é mais adequado entender que as hipóteses de dispensa da remessa necessária também se aplicam ao mandado de segurança, com a ressalva da situação prevista no §3º do art. 496 CPC para os casos em que não há sentença líquida ou não se tem como aferir o valor do direito discutido.” Em sentido contrário, RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 353: “[...] as dispensas do reexame previstas no art. 496 do CPC/2015 só são aplicáveis se a remessa de ofício for cabível com base na regra geral do art. 496, assim como se deveriam interpretar os afastamentos do duplo grau do art. 475 do CPC/1973. Se o reexame é previsto em lei especial para determinada ação, não serão aplicadas as regras de dispensa do CPC/2015, em função do critério da especialidade para a solução de antinomias. Diante disso, por exemplo, a Lei 12.016/2009, em seu art. 14, prevê para o mandado de segurança o reexame necessário das sentenças concessivas da segurança. Por isso, no mandado de segurança, não se aplicam as hipóteses de afastamento da remessa obrigatória do Código de Processo Civil. Caso contrário, estaria sendo afastada a aplicação de uma norma especial – o aludido art. 14 – com base em norma geral – o art. 496 em subversão ao critério da especialidade.”

<p>concedendo o mandado, cabe apelação.</p> <p>§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição. [...]</p>	<p>o mandado, cabe apelação.</p> <p>§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição. [...]</p> <p>§5º Não se aplica o disposto no §1º deste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:</p> <p>I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;</p> <p>II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;</p> <p>III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.</p> <p>§6º Também não se aplica o disposto no §1º deste artigo quando a sentença estiver fundada em:</p> <p>I - súmula de tribunal superior;</p> <p>II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;</p> <p>III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;</p> <p>IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.</p>
--	---

Interessante notar que o Prof. Alfredo Buzaid decidiu suprimir, do ordenamento jurídico brasileiro, o reexame necessário, então previsto pelo art. 822, CPC/1939, e por algumas leis especiais, ao elaborar o Anteprojeto de Código de Processo Civil que apresentou ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores, em 1964. Como podemos constatar da leitura do item 34 da exposição de motivos do referido anteprojeto, o Prof. Buzaid considerava improcedente o argumento de que o instituto seria idôneo a evitar eventual conluio entre o juiz e o particular com o fim de prejudicar o interesse público⁵⁰¹.

Parte da doutrina brasileira argumenta que a existência de Justiça Administrativa, em países desenvolvidos, a exemplo da Alemanha, da França, da Itália, da Espanha e de Portugal, demonstra a necessidade de um tratamento processual diferenciado à Fazenda Pública em razão das características peculiares que o Direito Constitucional e o Direito Administrativo lhe atribuem⁵⁰². Entretanto, este argumento não se sustenta, tendo em vista que a simples

⁵⁰¹ BUZOID, Alfredo. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**: apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro, 1964, p. 35-36. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 jul. 2017: “34. O Anteprojeto suprimiu o recurso *ex officio* admitido pelo Código de Processo Civil (art. 822) e por algumas leis especiais (Decreto-Lei 960, arts. 53; 54 e 74. parágrafo único; Decreto-Lei 3.365, art. 28. § 1º e Lei 1.533, art. 12, parágrafo único), reincorporadas no sistema do Código. Acêrca do recurso *ex officio*, as opiniões divergem. Alguns eminentes autores não lhe regateiam louvores. «É êle», escreve José Frederico Marques, «instrumento eficaz para evitar conluios pouco decentes entre juízes fracos e indignos dêsse nome e funcionários relapsos da administração pública. E ainda meio e modo para suprir a ação, nem sempre eficaz e enérgica do Ministério Público, em processos em que está afeta a tutela ativa e militante de interesses indisponíveis». Salvo os casos de sentença que decreta a nulidade de casamento e da que homologa desquite amigável (Código de Processo Civil, art. 822), todos os demais se referem a pleitos de que é parte a União o Estado ou o Município. Ora, os argumentos utilizados pelos defensores do recurso *ex officio* não lhe justificam a necessidade, nem sequer a utilidade prática como meio de impugnação de sentenças procuram explicar a sua manutenção unicamente pelo receio de conluio entre pessoas que figuram na relação processual ou por deficiente tutela dos interesses públicos. Ora, o argumento de que os representantes do poder público podem agir com incúria não revela um defeito da função; mas do órgão, cuja, inexecução no cumprimento do dever merece ser punida pelos meios regulares dedireito e não por transferência ao Judiciário do controle de seu comportamento irregular. A missão do Judiciário é declarar relações jurídicas e não suprir as deficiências dos representantes da Fazenda ou do Ministério Público. Por outro lado, para obstar à formação do conluio entre as partes, no processo, confere o Código meios eficazes.”. Contudo, no Projeto do Código de Processo Civil de 1973, que apresentou ao Presidente da República em 31 de julho de 1972, o Prof. Alfredo Buzaid, então Ministro de Estado da Justiça, reintroduziu o reexame necessário, tal como previsto no art. 822, CPC/1939: “Artigo 479. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença: I - que anular o casamento; II - proferida contra a União, o Estado e o Município; III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 597, VI). Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o Presidente do Tribunal avocar o processo.”. BRASIL. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Código de Processo Civil**: histórico Lei. v. I. t. I. Brasília, 1974. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 200-201.

⁵⁰² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 34-35: “A jurisdição exercida nas causas da Fazenda Pública sempre foi assunto afeto ao Direito Administrativo, pois, histórica e materialmente, tais questões confinavam-se no âmbito da própria Administração Pública. O deslocamento para o Poder Judiciário, como ressalta Castro Nunes, em obra clássica [NUNES, Castro. *Da Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950, p.63-64], constituiu um passo avançado que, ‘todavia, não tira às questões decorrentes de atos do Estado, sobretudo quando atue como pessoa política ou Poder Público, a sua índole de questões de direito administrativo’. Aliás, diversos ordenamentos

existência de uma Justiça Administrativa não implica, necessariamente, a existência de qualquer vantagem processual à Fazenda Pública em relação aos particulares⁵⁰³. Trata-se de simples divisão de competência por razões históricas, culturais e de racionalização do serviço público jurisdicional. A Justiça Administrativa é mantida nesses países, pois a especialização de ramos da Justiça no julgamento de determinadas matérias não só aumenta a eficiência desses, como melhora a qualidade das suas decisões, pois permite que seus membros se tornem especialistas nas matérias que julgam.

Na grande maioria dos casos, o administrado é técnica, econômica e politicamente vulnerável em relação ao ente público com o qual contende. Do ponto de vista técnico, o Estado é um litigante habitual, dotado de uma procuradoria bem estruturada, cujos membros são selecionados, por concurso público, dentre os mais competentes advogados. Além disso, dispõe de servidores com formação nas mais diversas áreas do conhecimento humano,

européus, tidos como de ‘primeiro mundo’ e que, secularmente, põem em destaque a obediência aos princípios republicanos, do devido processo legal e da isonomia, chegam a subtrair à Justiça Comum, via de regra, as causas em que seja parte a Administração Pública, para confiá-las a outro conjunto de órgãos, que não integram necessariamente o mecanismo judicial e podem fazer parte do próprio aparelho administrativo. Típico exemplo dessa situação é o ‘contencioso administrativo’ francês, cujos órgãos são ligados à Administração Pública, não se situando no âmbito da Justiça Comum, sendo seu órgão de cúpula o *Conseil d’État*, e não a *Cour de Cassation*. Tal diferenciação decorre exatamente da presença da Fazenda Pública no processo, na condição de parte. Situação semelhante ocorre no Direito italiano, onde existe igualmente separação entre a Justiça ordinária e a chamada ‘Justiça administrativa’: De igual modo, na Espanha há estrutura especial para o exercício da jurisdição, quando presente na causa a Fazenda Pública. No Direito português, há também a jurisdição administrativa, que resulta de uma determinação constitucional. A Constituição portuguesa impõe a existência de uma categoria diferenciada de tribunais administrativos e fiscais. Em Portugal, o contencioso administrativo fora criado, inicialmente, para apreciar meios de reação dos particulares contra atos supostamente ilegais da Administração Pública. Segundo Sérvulo Correia, pode-se conceituar o Contencioso Administrativo como ‘a instituição caracterizada pelo exercício, por uma ordem jurisdicional administrativa, de jurisdição administrativa segundo meios processuais predominantemente específicos’ [CORREIA, Sérvulo. *Direito do contencioso administrativo*. Lisboa: Lex, 2005. p. 34]. A partir de modificações legislativas operadas desde o início de 2002, passou-se a admitir ter o contencioso administrativo português sido erigido à condição de verdadeira justiça administrativa, sendo-lhe ‘concedidos novos poderes que lhe permitem não só apreciar a legalidade dos actos como de condenar a Administração à prática de actos, estabelecer prazos para o efeito e até substituir à Administração, adoptando providências de execução das suas decisões’. Na Alemanha, há 3 (três) sistemas distintos do comum, para o processo e julgamento de causas que envolvam a Fazenda Pública: (a) a *Verwaltungsgerichtsbarkeit* (jurisdição administrativa), (b) a *Finanzgerichtsbarkeit* (jurisdição financeira) e (c) a *Sozialgerichtsbarkeit* (jurisdição social), cada uma sendo regida por legislação própria.”. (Grifos do autor).

⁵⁰³ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Ônus da prova no direito processual público. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 68-69, observa o seguinte: “LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA faz referência ao direito alemão para justificar a desigualdade entre a Fazenda Pública e o particular em juízo, apontando a existência de três sistemas distintos para o processo e julgamento de causas que envolvam o Poder Público: a) *Verwaltungsgerichtsbarkeit* (jurisdição administrativa); b) *Finanzgerichtsbarkeit* (jurisdição financeira); c) *Sozialgerichtsbarkeit* (jurisdição social). Na verdade, o que há na Alemanha é mera especialização dessas Justiças, como ocorre com a nossa Justiça do Trabalho. Registre-se: não constituem jurisdições independentes, mas fazem parte do Poder Judiciário. Aliás, os dispositivos desses diplomas são tão semelhantes, que já se tentou por diversas vezes a unificação das leis processuais destas Justiças em um Código de Processo Administrativo (judicial) único. Verifica-se nos três diplomas dessas justiças a inexistência de privilégios para as pessoas jurídicas de direito público e a experiência mostra que raras vezes na história a Administração Pública alemã descumpriu ordens judiciais.”.

igualmente selecionados por concurso público, dentre os mais competentes profissionais. Sob o viés econômico, possui receitas das quais os particulares não dispõem, a exemplo dos tributos e, no caso da União, da venda de títulos da dívida pública. Do ponto de vista político, pode elaborar diplomas normativos que lhe favoreçam. Por outro lado, as provas documentais ou documentadas dos fatos constitutivos do direito do particular estão, muitas vezes, em poder do Estado. Em algumas ocasiões, as testemunhas são servidores do próprio ente público contra o qual o particular litiga. Nessas circunstâncias, existe uma vulnerabilidade probatória deste em relação à Fazenda Pública. Assim, constatando, diante das circunstâncias do caso concreto, que tal vulnerabilidade existe, o juiz deve promover a igualdade material entre os litigantes, por exemplo, dilatando os prazos processuais do administrado, nos termos do art. 139, VI, CPC, ou distribuindo o ônus da prova de forma dinâmica, nos termos do art. 373, §1º, CPC⁵⁰⁴.

O art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009 impede a concessão da medida liminar para compensação de créditos tributários, entrega de mercadoria importada, reclassificação, aumento ou extensão de vantagens a funcionários públicos e pagamento de qualquer natureza. Já o art. 7º, §5º, Lei 12.016/2009 estende as vedações relacionadas com a concessão de

⁵⁰⁴ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 63: “Vulnerabilidade significa, de modo geral, debilidade, fragilidade. Vulnerável por excelência é o ser humano, porque possui a capacidade de ser ferido. Não só em sua esfera econômica e moral, mas também física e ambiental, por exemplo. Ao litigar com a Administração Pública, o cidadão deduz em juízo, na maioria dos casos, uma situação jurídica passiva, em que ocupa a posição de contribuinte, segurado, usuário de serviços públicos, refugiado ou, em termos gerais, administrado. Isto ocorre porque o Poder Público detém uma posição de poder na relação jurídica com o administrado (*Machtposition*). Afinal, o Estado é o sujeito mais poderoso do ponto de vista jurídico, político e econômico. Por força Lei o cidadão é inserido em relações jurídicas várias com o Estado, independentemente de sua vontade. Na qualidade de contribuinte, o cidadão é obrigado a pagar tributo; na qualidade de segurado, "rezar" para que a solicitação de sua aposentadoria seja apreciada com rapidez (sem greve e filas no órgão) para que não veja a sua própria existência comprometida. Outras vezes, tem de suportar as omissões do Poder Público quando, por exemplo, na qualidade de usuário de serviços públicos, aguarda a boa vontade do administrador para que disponibilize determinado serviço público essencial (ex.: fornecimento de água) para a região onde mora. Percebe-se que em casos análogos, em que o sujeito ativo da relação detém o poder, o cidadão é protegido pela ordem jurídica em razão de sua vulnerabilidade. Quando o cidadão exerce o papel de trabalhador ou consumidor existem princípios de proteção de modo a equilibrar não só a relação jurídica de direito material, mas também a processual. Isto, no entanto, não se verifica em muitas relações de subordinação travadas entre administrado e Poder Público. Será que o administrado deve se conformar com a sua sujeição às prerrogativas processuais do Poder Público? Verifica-se que a vulnerabilidade é uma categoria geral do direito. Até no Direito Penal há respeitável doutrina que sustenta dever a vulnerabilidade ser critério de condenação. Assim, sustenta-se que a vulnerabilidade do cidadão-administrado deva ser valorada pelo magistrado na relação processual. Ao deduzir a sua pretensão em juízo, o magistrado deve levar em consideração até que ponto o desequilíbrio da relação de direito material afeta os direitos processuais do administrado. Muitas vezes os documentos que provam os fatos constitutivos do direito do autor estão no poder da Administração Pública. Há aqui uma vulnerabilidade probatória que deve ser valorada pelo magistrado ao decidir. Nos Juizados Especiais Federais, dever-se-ia rediscutir o objeto litigioso, em razão da vulnerabilidade postdatória do administrado. Com efeito, o autor que comparece sem advogado deve ser auxiliado pelo juízo na correta formulação do seu pedido, de modo que a eventual retificação corresponda à real intenção do autor. Assim, a noção de vulnerabilidade pode também ser aproveitada no campo processual para assegurar a paridade de armas.”

liminares em mandado de segurança à tutela provisória de urgência antecipada disciplinada pelo CPC.

O art. 1.059, CPC estabelece que: "à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009". Quanto a este dispositivo, concordamos com o enunciado n.º 35, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, de acordo com o qual: "As vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência"⁵⁰⁵. As leis 12.016/2009 e 8.437/1992 não se referem à tutela da evidência, pois, quando entraram em vigor, somente a tutela de urgência tinha previsão legal. Em outras palavras, apenas as tutelas de urgência são referidas pelos arts. 1º a 4º Lei n.º 8.437/1992 e pelo art. 7º, § 2º, Lei n.º 12.016/2009.

Importa ressaltar, contudo, que respeitável doutrina considera que a "tutela provisória" referida no art. 1.059, CPC, é tanto a de urgência quanto a de evidência⁵⁰⁶.

O art. 1º, caput, Lei 8.437/1992, por sua vez, proíbe a concessão de liminar contra o Poder Público em quaisquer "ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal"⁵⁰⁷. O art. 1º, Lei 9.494/1997, declarado constitucional pelo STF na ADC 4, estabelece que se aplica à tutela antecipada prevista no Código de Processo Civil o disposto nos arts. 1º, 3º e 4º, Lei n.º 8.437/1992⁵⁰⁸.

Em 14/09/2009, o CFOAB ajuizou a ADI 4.296/DF, arguindo a inconstitucionalidade do art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009, na qual requereu tutela antecipada. O Min. Marco Aurélio Mello foi designado relator da referida ação. O CFOAB sustenta que a lei ordinária não pode limitar o uso do mandado de segurança, por se tratar de garantia constitucional (art. 5º, LXIX e LXX, CRFB/1988), que não deveria sofrer regulamentação restritiva. O CFOAB também argumenta que o art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009 afronta o art. 5º, XXXV, CRFB/1988, pois

⁵⁰⁵ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br>>. Acesso em: 13 jan, 2018. Enunciado n.º 35.

⁵⁰⁶ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 99: "O artigo 1.059 do Código de Processo Civil de 2015, por seu turno, estendeu à tutela provisória prevista nesse diploma - ou seja, tanto à de urgência como à de evidência - as previsões dos artigos 7º, parágrafo 2º, Lei n. 12.016/09, e dos artigos 1º a 4º Lei n. 8.437/92".

⁵⁰⁷ BRASIL. Lei 8.437/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm>. Acesso em: 06 jul. 2014.

⁵⁰⁸ BRASIL. Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm>. Acesso em: 19 abr. 2017.

suprime a possibilidade de controle judicial, por meio de mandado de segurança nas hipóteses a que se refere; e que ofende o art. 170, parágrafo único, CRFB/1988, que assegura a liberdade de atividade econômica, ao proibir a concessão de liminar para a entrega de bens e mercadorias e bens provenientes do exterior. A AGU apresentou as suas informações em 18/11/2009, argumentando que:

- 1) a matéria já foi consolidada em diplomas anteriores, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF. Assim, a Lei 8.437/1992, com a redação que a MP 2.180-35/2001 deu ao seu art. 1.º, § 5.º, já determinava que "não será cabível medida liminar que defira a compensação de créditos tributários ou previdenciários";
- 2) posição idêntica à do art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009 é encontrada no art. 170-A do CTN, com a redação que lhe deu a LC 104/2001⁵⁰⁹, e na Súmula 212 do STJ⁵¹⁰;
- 3) quanto à vedação de medida preventiva ou liminar para liberação de mercadorias importadas, já era consagrada pela Lei 2.770/1956. Em relação ao regime financeiro dos funcionários, a concessão de liminar já era vedada pelas Leis 4.348/1964 e 5.021/1966. Acresce que, sobre a matéria, há jurisprudência do STF na ADC 4/DF⁵¹¹.

Note-se, quanto ao argumento da tradição da vedação de liminar que determine “a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”, que a tradição da garantia fundamental do mandado de segurança é muito mais antiga, tendo-se iniciado com a Constituição da República de 1934 e que a vigência das leis que instituíram tais proibições datam de 05 de maio de 1956 (Lei 2.770), de 27 de junho de 1964 (Lei 4.348) e de 13 de junho de 1966 (Lei 5.021)⁵¹². A proibição de liminar que tenha

⁵⁰⁹ “Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”. BRASIL. Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 07 jul. 2014.

⁵¹⁰ “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado n.º 212 da Súmula do STJ. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 07 jul. 2014.

⁵¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 4 MC do Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 11/02/1998. DJ 21/05/1999, p. 2. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 4, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 01/10/2008, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 EMENT VOL-02754-01 PP-00001. WALD, Arnaldo. A nova lei do mandado de segurança (Lei 12.016, de 07.08.2009). Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 894, p. 9-22, abr. 2010.

⁵¹² A esse respeito, GRECO, Leonardo. Por um novo mandado de segurança: retorno à origem?. Rio de Janeiro, **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. XI, p. 273, jan./ jun. 2013, observa que: “Erigido a garantia constitucional, o mandado de segurança tornou-se por algumas décadas a obra mais preciosa criada pelo gênio brasileiro, cantado em prosa e verso em todos os quadrantes do mundo como representativo do nosso profundo amor ao Direito e aos direitos fundamentais. A partir da década de 50 do século XX começou a decadência do

por objeto a compensação de créditos tributários não existia na Lei 191/1936, a primeira a disciplinar o procedimento do mandado de segurança.

O Procurador-Geral da República também opinou pela improcedência da impugnação do CFOAB ao art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009, na ADI 4.296/DF, discordando dos argumentos da AGU, tão somente, no que concerne à semelhança da norma do art. 1º, §5º, Lei 8.437/1992 e da norma do art. 170-A, do CTN com aquela do art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009. Segundo o Procurador-Geral da República, o 1º, §5º, Lei 8.437/1992 e o art. 170-A, do CTN tratariam de hipóteses diversas daquelas referidas pelo art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009.

A compensação de créditos tributários é permitida pelo art. 170, caput, do CTN⁵¹³, e pode ser declarada na sentença do procedimento do mandado de segurança. O que o art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009, veda, é, tão somente, que tal declaração seja realizada em decisão liminar⁵¹⁴. Parte da doutrina sustenta que este dispositivo legal não proíbe a compensação de crédito tributário em liminar em mandado de segurança, mas, tão somente, que a compensação extinga o referido crédito. Assim, o juiz poderia decidir, caso imprescindível, a forma como esta compensação seria efetivada pelo Fisco⁵¹⁵.

instituto, provocada por vários fatores concorrentes: de um lado, a hipertrofia do poder estatal e a hipervalorização de qualquer interesse público, a que se contrapunha a tutela dos direitos fundamentais, e que levaram a lei, a doutrina e a jurisprudência a oporem limites à admissibilidade do *writ*; de outro, uma visão puramente formal da separação de poderes, incompatível com a supremacia do Judiciário, penosamente conquistada, a opor barreiras à concessão de liminares, a autorizar suspensões de sentenças concessivas e de liminares e a impedir a auto-executoriedade das suas decisões. Os próprios partidários do processualismo científico, ao equipará-lo a uma ação igual às outras, contribuíram para a derrocada do instituto, sufragando a inadmissibilidade do *writ* contra a coisa julgada e contra ato judicial passível de recurso ou correição, e tornando o mandado um instrumento meramente subsidiário. A possibilidade de concessão de efeito suspensivo a qualquer recurso também contribuiu para o seu abandono”.

⁵¹³ “Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública”. BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

⁵¹⁴ O enunciado n.º 213, da súmula do STJ, estabelece que: “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção, j. 23/09/1998, DJ 02/10/1998, p. 250. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 166.

⁵¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo**. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, e-book, capítulo VIII, n.º 79: “[...] a norma que emerge das Súmulas n.ºs 212 e 213, bem como do § 2º do art. 7º Lei 12.016/2009, não impede que o regime jurídico da compensação tributária seja tratado em medida liminar de mandado de segurança. O que não é compatível com medida de antecipação de tutela é o decreto sumário de extinção de crédito tributário em decisão liminar. Esta, contudo, poderá, se necessário, decidir como essa compensação será feita, dentro do procedimento administrativo adequado.”. No mesmo sentido, MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**: administrativo e judicial. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2017, p. 585-587: “O que o STJ diz, na Súmula 212, é, em última análise, o seguinte: em cognição sumária o juiz não pode aferir liquidez de crédito oriundo de indébito tributário, isto é, que o pedido que se pode fazer em mandado de segurança que visa à compensação de crédito tributário só pode dizer respeito

Deve-se registrar a existência de corrente doutrinária defensora da impossibilidade prática de concessão de tutela provisória com eficácia declaratória, tendo em vista ser esta baseada em cognição sumária e em juízo de probabilidade do direito e não de certeza. Consequentemente, seria inviável a compensação de crédito tributário em sede de tutela provisória, posto ter esta eficácia declaratória⁵¹⁶. A tese, contudo, não se sustenta, pois, qualquer tutela provisória que tenha eficácia condenatória ou constitutiva, declarará, em caráter revogável, a existência do direito do requerente.

O art. 170-A, do CTN, não impede que o contribuinte ajuíze ação visando, tão somente, a declaração de compensação de tributo que reconhece dever a determinada unidade da Federação com crédito seu, contra o mesmo ente público, líquido e certo, vencido ou

ao reconhecimento do direito in natura do contribuinte à compensação, eventualmente com o expurgo de normas infralegais incompatíveis com as normas legais que angustiem o direito à compensação, desde cláusulas de correção monetária, por exemplo, ou condicionamentos incompatíveis com a legislação, em específico, do regime Lei 8.383/1991. Neste contexto, a Súmula 213 do STJ definitivamente afirma ser o mandado de segurança ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária. No entanto, a Súmula 212, quando diz que a compensação de créditos não pode ser deferida por medida liminar, pretende, em verdade, negar que a liminar possa assumir caráter satisfativo e antecipativo de um efeito jurídico da sentença [...]. [...] O contribuinte deve pretender ver declarado de plano o direito inalienável à compensação, nos termos da legislação, sem eventuais alterações em seu direito geradas por instruções normativas e por outras normas de caráter infralegal que modifiquem ou desvirtuem o regime da compensação tributária. Com efeito, a leitura que se pode fazer da Súmula 212 é a seguinte: a compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar de cunho satisfativo que pretenda extinguir o crédito tributário. Este crédito não se extingue, porque a extinção seria um efeito insuscetível de antecipação, por ser jurídica. Mas é possível que a liminar assegure e garanta, através do remédio heroico do mandado de segurança, o direito de que a legislação seja cumprida, reservando-se expressamente à autoridade fazendária o direito, também inalienável, de fiscalizar se a compensação será efetivada adequadamente ou se será realizada de acordo com o comando desta decisão liminar, já que o juiz pode, em sua decisão, dizer quais são os índices aplicáveis ou quais são as normas jurídicas tributárias cunhadas pela Fazenda incompatíveis com o sistema jurídico, por exemplo.”.

⁵¹⁶ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 169, defende que: “[...] só se pode cogitar de compensação tributária quando se tem certeza da existência dos requisitos de tal causa de extinção do crédito tributário. Isso, a rigor, sequer dependeria da existência de expressa previsão normativa no sentido da vedação da concessão de liminares. O que não se pode admitir é que seja deferida a compensação tributária sem que se tenha certeza da existência de ambos os créditos: o do fisco e o do contribuinte. Ocorre que a medida liminar em mandado de segurança (e não só em mandado de segurança, mas em outros tipos de processo) é deferida com base em uma cognição menos profunda, sumária, que só permite a formação de juízos de probabilidade. É precisamente isso que se busca com a expressão *fumus boni iuris*, ou qualquer outra expressão equivalente (como é, por exemplo, a expressão “fundamento relevante” no inciso III do art. 7º Lei 12.016/2009). Através dessas expressões busca-se afirmar que a medida liminar é baseada em um juízo de probabilidade, e não em um juízo de certeza. Em outros termos, quer-se com isso afirmar que ao deferir a liminar tem-se um pronunciamento judicial que não *declara*, não permite o accertamento judicial da existência ou da inexistência do direito. Ora, não se pode cogitar de uma declaração onde não haja certeza. Mesmo os autores que admitem a concessão de tutela antecipada, de natureza satisfativa, em processos que tenham por objeto pretensões meramente declaratórias reconhecem que não se pode, com base em cognição sumária, antecipar o efeito declaratório de uma sentença. Assim, não seria possível antecipar-se, provisoriamente, a declaração da compensação tributária. Isso seria incompatível com a profundidade da cognição exercida para a concessão da liminar”. No mesmo sentido, LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 46: “a eficácia declaratória: (juízo de segurança) ou certeza (na linha da doutrina majoritária) é contemporânea do trânsito em julgado, não podendo, pois, ser antecipada. A declaração, para conferir segurança ou certeza, não pode ser provisória, revogável ao longo do procedimento”.

vincendo e, tampouco, que tal declaração se dê em sede liminar ou por meio de outro tipo de tutela provisória.

A vedação legal de liminar, de tutela provisória e de cumprimento provisório de sentença para “a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior” somente pode se referir a mercadorias e bens contrabandeados e não àqueles importados ou trazidos ao Brasil como bagagem⁵¹⁷, ainda que sem o pagamento de todos os tributos devidos⁵¹⁸. Assim, a referida proibição legal é inconstitucional quando diz respeito a bens e mercadorias regularmente importados ou trazidos ao Brasil como bagagem, por violar a garantia do acesso à justiça e ao direito (5º, XXXV, da CRFB/1988)⁵¹⁹.

As proibições legais de tutela provisória ou de execução provisória de sentença, em determinadas hipóteses, sem qualquer exceção, como aquelas estabelecidas pelos artigos 7º, §§ 2º e 5º, e 14, §3º, Lei 12.016/2009, pelo art. 29-B, Lei 8.036/1990, pelos os artigos 1º, e 2º-B, Lei 9.494/1997, e pelo o art. 1º, Lei 8.437/1992, violam a garantia do acesso ao direito material, por meio do processo judicial, consagrada pelo art. 5º, XXXV, da CRFB/1988, segundo o qual “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, além de constituírem ofensa ao princípio da igualdade material entre a Administração e o

⁵¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 98: “A vedação à concessão de liminar que vise a obter liberação de mercadorias e bens de procedência estrangeira já existia na legislação anterior (Lei 2.770, de 4.5.1956). Tem-se entendido, entretanto, que essa vedação só se refere a produtos de contrabando, e não aos bens importados ou trazidos para o País como bagagem sobre os quais as autoridades passem a fazer exigências ilegais ou abusivas para seu desembaraço.”

⁵¹⁸ O enunciado n.º 323, da Súmula do STF dispõe que: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. enunciado n.º 323, da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁵¹⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 184-185: “A Lei 2.770, de 4.5.1956, art. 1º, estabeleceu que: ‘nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem a obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importe na entrega de mercadoria, bem ou coisa’. A doutrina explicava essa restrição como providência contra o abuso praticado na impetração de mandados de segurança para liberação de automóveis importados irregularmente. Eram mandados de segurança para liberação de centenas de veículos de uma só vez. Obtida a liminar e retirados da Alfândega os automóveis, os impetrantes desinteressavam-se deliberadamente, ou mesmo promoviam o extravio dos autos, em conluio com funcionários menos escrupulosos. [...] Como Juiz Federal no Ceará, concedemos medidas liminares para garantir a importadores regularmente estabelecidos o direito ao desembaraço aduaneiro de suas mercadorias. Entendemos que as razões que justificaram a edição da norma restritiva em comento não se faziam presentes nesses casos. Aliás, na verdade o que importa saber é se existem condições efetivas para, uma vez denegada a segurança, fazer-se com que as coisas retornem ao estado anterior ao deferimento da liminar. O impedimento da liminar na verdade reside na criação de uma situação fática cujo desfazimento seja impraticável. Não se pode deixar de admitir que em determinados casos o deferimento da liminar é absolutamente indispensável para garantir a eficácia da sentença que a final vier a conceder a segurança. Proibir esse deferimento, portanto, é destruir o instrumento constitucional de garantia de direitos. E retirar dele a efetividade, transformando-o em simples peça decorativa. Assim, é razoável entender-se que a norma que proíbe a concessão de liminares, de forma absoluta, é inconstitucional. [...]”

administrado, já que não existe qualquer proibição legal de tutela provisória contrária ao particular e favorável ao Estado. Uma vez constatada pelo magistrado que o caso reclama a tutela provisória do direito, não há razão para postergá-la⁵²⁰. Imagine-se, a situação em que medicamentos ou equipamentos médicos importados estejam retidos na alfândega em razão de suspeita de sonegação fiscal, sendo estes essenciais para o tratamento de doença grave que atinge número significativo de pessoas. Neste caso, o juiz deve conceder tutela de urgência, em sede liminar, para liberar os produtos retidos, pois o direito à vida digna e à saúde dos pacientes deve se sobrepor ao interesse do Estado de arrecadar tributos. Além disso, a súmula 323, do STF, dispõe que: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. Pense, agora, na hipótese em que a compensação liminar de créditos tributários seja o único meio viável para evitar a insolvência e o encerramento das atividades de uma pessoa jurídica que gere grande número de empregos e que tem potencial para proporcionar significativa arrecadação de tributos para a Fazenda Pública em razão do

⁵²⁰ ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. **Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/09**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 71, afirmam que: “Em primeiro lugar, não é dado ao legislador proibir o juiz de conceder medidas liminares em abstrato, sob pena de invadir esfera de competência jurisdicional, em clara violação do princípio da separação dos poderes. Por outro lado, retirar efetividade do mandado de segurança e restringir o pleno acesso à justiça quanto às tutelas de urgência parece algo nitidamente contrário aos valores e direitos fundamentais assegurados pela Constituição, razão pela qual muitos autores sustentaram a incompatibilidade, com a Lei Maior, das hipóteses de proibição à concessão de liminar, existentes antes da legislação em vigor. Não se vislumbra razão para que tal entendimento seja alterado com a nova lei, sendo o dispositivo questionado flagrantemente inconstitucional. Além disso, uma análise sistemática Lei 12.016/2009 revela a desconfinança do legislador em relação ao Judiciário e seu reprovável intento em restringir a concessão de liminares contra o poder público. Se o objetivo era simplesmente impedir liminares que ensejassem prejuízos irreversíveis, bastaria condicionar a sua concessão à prestação de caução, e isso já está previsto no art. 7º, inc. III, da nova lei. Prever que a liminar possa ser condicionada a uma medida de contracautela e depois proibir, em abstrato, que o juiz conceda a liminar em determinadas hipóteses denota desconfiança excessiva e incompatível com as finalidades do II Pacto Republicano, que estabelece, entre seus objetivos, a promoção e o incremento do efetivo acesso à justiça”. No mesmo sentido, BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70-73, observa que: “A análise desse rol, que, lamentavelmente, não é exaustivo, revela que o §2º do art. 7º Lei n. 12.016/2009 não trouxe nada de novo para o ordenamento jurídico brasileiro. O que ele fez, contudo, foi apresentar “didaticamente” nítidas ofensas ao “modelo constitucional”, da mesma forma como nosso legislador tem feito por décadas em relação a questões que, quando reconhecido o direito do particular, têm aptidão para afetar as contas e o orçamento públicos. As previsões são todas, sem exceção, flagrantemente inconstitucionais, destoando, por completo, da ordem constitucional e do modelo por ela criado para o mandado de segurança, individual e coletivo. Impensável que a grandeza constitucional do mandado de segurança e sua aptidão para assegurar a fruição integral e *in natura* de bem da vida (o que decorre imediatamente do art. 5º, XXXV e LXIX, da Constituição Federal) sejam obstaculizadas, frustradas ou, quando menos, minimizadas por qualquer disposição infraconstitucional. Aliás, nem mesmo por alteração constitucional isso seria possível, porque os direitos e as garantias constitucionais são cláusulas pétreas, imunes, pois, a alterações até mesmo por parte do constituinte derivado (art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal). [...] o magistrado concede liminar em mandado de segurança porque vê, diante de si, que o impetrante tem melhor direito que o Estado e que ele, o impetrante, tem necessidade da prestação da tutela jurisdicional imediata. Não há como, diante disso – mola propulsora da liminar em mandado de segurança –, vedar aprioristicamente o controle jurisdicional de uns tantos atos dizendo que a concessão de liminares pode ter alguma espécie de efeito deletério nas contas e no orçamento públicos. Tempo, em se tratando de mandado de segurança, é justiça; é a razão de ser do Estado-juiz em ampla consonância com o “modelo constitucional do direito processual civil”.

exercício de sua empresa. Não poderia o juiz, nesse caso, deferir a compensação em sede de liminar?⁵²¹

Ademais, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto contra a decisão interlocutória do juízo *a quo* que deferiu a liminar em mandado de segurança, ou qualquer outra modalidade de tutela provisória, direcionado ao relator deste recurso é instrumento processual adequado para que os direitos da pessoa jurídica ré sejam prontamente tutelados. Caso a tutela provisória a favor do administrado venha a ser deferida na sentença, a Fazenda Pública pode requerer, ao relator, a atribuição de efeito suspensivo à apelação por ela interposta. O “pedido de suspensão” da execução da liminar e da sentença, em mandado de segurança, previsto pelo art. 15, Lei 12.016/2009, é inconstitucional por ser contrário ao princípio da igualdade substancial, devendo ser revogado, conforme demonstraremos a seguir⁵²².

Importa salientar a existência de doutrina no sentido da constitucionalidade das restrições legais à tutela provisória contra a Fazenda Pública, pois, nos casos arrolados pelo

⁵²¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 186-187: “A Lei 12.016/2009, além de restrições alheias à matéria tributária, estabelece que não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários ou a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior (art. 7º, inciso 111). E estabelece que tais vedações se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 296, 298, 300, 305, 311 e 497 do Código de Processo Civil. E ainda, diz que nesses casos, nos quais é vedada a concessão de medida liminar, a sentença que defere a segurança não pode ser executada provisoriamente, isto é, só produzirá os seus efeitos depois do trânsito em julgado. Proibindo, como proíbem, a tutela judicial de urgência, da qual necessita o contribuinte que esteja sendo vítima de arbítrio no concernente a importação de mercadorias ou de compensação de créditos tributários, esses dispositivos Lei 12.016/2009 são de flagrante inconstitucionalidade. A garantia de jurisdição, estabelecida pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, segundo a qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, há de ser entendida como garantia de jurisdição eficaz, vale dizer, garantia de provimento jurisdicional apto a reparar efetivamente as lesões a direitos e prevenir efetivamente os direitos ameaçados. Assim, vedar a tutela judicial de urgência é permitir que a prestação jurisdicional que venha a ser afinal obtida reste inteiramente inútil, porque já consumada a lesão ao direito. A inconstitucionalidade resta mais grave ainda, com o dispositivo legal que impede a execução provisória da sentença. Dispositivo, aliás, inteiramente injustificável, que apenas revela o propósito de permitir que a Administração Tributária não se submeta aos provimentos judiciais.”. MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2017, p. 585-587, considera que o art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009, proíbe, tão somente, a extinção do crédito tributário, por meio de liminar em mandado de segurança, mas não a decisão liminar que disciplina a forma como a compensação deve ser feita em processo administrativo, afastando atos administrativos incompatíveis com a lei.

⁵²² Segundo, BUENO, Cassio Scarpinella. **Propostas para uma nova lei para o mandado de segurança**. 2010. Disponível em: <<http://scarpinellabueno.com/images/anteprojeto-lei/1-propostas-ms.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2017, p. 6: “A revogação dos §§ 2º e 5º”, do art. 7º, Lei 12.016/2009, “justifica-se porque os dispositivos são agressivos ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Uma vez constatada pelo magistrado que a hipótese reclama a tutela liminar do direito, não há razão para postergá-la a final. Ademais, a se manter, aperfeiçoando-o, a previsão do art. 15 Lei n. 12.016/2009, o “pedido de suspensão”, há instrumento processual mais do que adequado para que prontamente se tutele os direitos e os interesses das pessoas de direito público sem prejuízo do agravo de instrumento.”.

art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009 e pelo art. 29-B, Lei 8.036/1990, inexistiria perigo da demora⁵²³. Parte da doutrina entende que, nessas hipóteses, eventual tutela provisória, baseada em cognição sumária, seria irreversível. Assim, embora os dispositivos legais que vedam medidas liminares contra a Fazenda Pública não sejam inconstitucionais, quando analisados de forma abstrata, poderão sê-lo quando a análise do caso concreto revelar uma irreversibilidade recíproca⁵²⁴, ou a “impossibilidade de obtenção de uma prestação jurisdicional final justa”⁵²⁵.

⁵²³ CAVALCANTI, Francisco. **O novo regime jurídico do mandado de segurança**: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. 1. ed. São Paulo: MP Editora, 2009, p. 114-116, defende que: “Inconstitucional seria a criação de limitações, restringindo o princípio da plenitude da tutela jurisdicional. Tal ocorreria, caso a restrição na concessão de liminares atingisse, inclusive, aquelas representadas por medidas conservativas e assecuratórias, ensejando o perecimento de direito. [...] Essa lei não impediu a concessão de medidas acautelatórias no sentido de obstar, *exempli gratia*, a alienação forçada de bem apreendido ou a sua conservação na área de importação. Por outro lado, a restrição legal não implica proibição de liberação dos bens importados, em hipóteses nas quais a lide versa apenas sobre o valor de tributos e outras exações incidentes sobre a operação. Nessas hipóteses, a concessão de liminar é possível, desde que condicionada à contracautela, representada pelo depósito, em dinheiro, da quantia objeto de discussão, ou, excepcionalmente, mediante caução idônea, para resguardar a Fazenda Pública, na hipótese de não acolhimento da pretensão. Essa linha corresponde a um ponto de equilíbrio entre o interesse privado e o interesse da Administração Pública. [...] Trata-se de restrições que não violam o princípio da plenitude da tutela jurisdicional, porque visam, os procedimentos referidos, acréscimos, plus, a serem agregados à remuneração de servidores. Não há nelas, *periculum in mora*, considerando que o servidor não tem prejuízo, no tocante à remuneração então percebida, e, por outro lado, considerando a condição de solvente da Fazenda Pública, que faz desaparecer o risco de inexecução do julgado favorável. Não se pode também esquecer, que, face à natureza alimentar dos pagamentos de remuneração, a restituição na hipótese de improcedência não ocorreria ou, se tal ocorresse, seria de modo parcelado, observados os limites legais (cf. a Lei n. 8.112/90)”.

⁵²⁴ CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 172-173: “Há quem sustente a constitucionalidade das restrições previstas em lei à concessão das liminares no processo do mandado de segurança. E como deve ter sido possível perceber pelo que até aqui se expôs, não me parece haver qualquer inconstitucionalidade em tais vedações. São elas, a meu sentir, perfeitamente compatíveis com o modelo constitucional de direito processual instituído pela Constituição da República de 1988. Isso porque não ofende o sistema constitucional a criação de um modelo por força do qual se estabelece uma ponderação entre valores, fazendo-se com que prevaleça a segurança jurídica – decorrente da exigência de que a segurança não possa ser concedida liminarmente, vedada a concessão de liminar – quando se verifica que a decisão provisória, baseada em cognição sumária, seria capaz de produzir efeitos irreversíveis. Tal restrição à concessão de medidas de urgência sempre foi considerada compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, não havendo notícia de que se tenha suscitado a inconstitucionalidade do §2º do art. 273 CPC. A compatibilidade das regras restritivas de liminares em mandado de segurança com o modelo constitucional de direito processual, porém depende de elas serem interpretadas como aqui proposto, ou seja, é preciso que se considere que tais restrições não são absolutas, e podem ser afastadas nos casos de irreversibilidade recíproca. Dito de outro modo: a *ratio* das normas que restringem a concessão de medidas liminares no processo do mandado de segurança é evitar que se produza, por força de uma decisão judicial baseada em cognição sumária, a qual produz um juízo de probabilidade, efeitos irreversíveis, mas seu indeferimento também leva à produção de efeitos irreversíveis. Casos há, porém, em que a concessão da medida é capaz de produzir efeitos irreversíveis, mas seu indeferimento também leva à produção de efeitos irreversíveis. Nesse caso, a irreversibilidade é recíproca (ou seja: deferida a medida, a consequência é irreversível) e, portanto, não está presente a razão de ser da incidência da norma que veda a concessão de liminar. Em casos assim, não incide a proibição, e fica autorizada a concessão da medida liminar, não obstante a lei que a restringe”. BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. I Jornada de Direito Processual Civil. (Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017). Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2017: “Enunciado 40 – A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível.”.

De acordo com Teori Albino Zavaski, a razoabilidade da lei restritiva da tutela provisória contra a Fazenda Pública deve ser aferida em cada caso concreto. Assim, para ser razoável, e,

⁵²⁵ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 99-102: “Da análise do transcrito artigo 7º, parágrafo 2º, verifica-se que cuida sobretudo de casos que causam impacto pecuniário para a Fazenda, e que podem ser de difícil reversão de efeitos, caso revogada a providência de urgência. É o caso, por exemplo, da compensação tributária e da concessão de aumento a servidor, sendo que, nessa última hipótese, o Supremo Tribunal Federal entende ser a regra aplicável apenas aos ativos, mas não aos inativos, pois para estes estaria em jogo verba de cunho previdenciário. Ademais, no caso da entrega de mercadorias e de bens provenientes do exterior, a não liberação destes extrajudicialmente pela Administração pode decorrer de motivos de saúde pública ou tributários, que justificam uma opção legislativa pela não concessão de medida de urgência. Como a cognição da tutela antecipada não é exauriente, a decisão pode ser modificada posteriormente, mas esse impacto dificilmente pode ser revertido. Se a antecipação fosse revogada, a pessoa jurídica de direito público teria de liquidar o seu prejuízo nos autos do processo, ou iniciar um processo administrativo para realização de desconto na folha de pagamento do servidor. Mas, para evitar que a Fazenda Pública precise recorrer a essas vias, há a vedação no artigo 7º, parágrafo 2º, Lei n. 12.1016/09, e isso se aplica à tutela antecipada CPC, com base no artigo 1.059 desse diploma. Outro diploma que se destaca no assunto é a Lei n. 8.437/92, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares em face do Poder Público, e em seu caput e parágrafos 1º e 3º veda a concessão de providências liminares em certos casos. Os benefícios processuais acima mencionados, ao vedarem medidas liminares em face do Poder Público, podem levar a uma aparente tensão de tais regras com relação à igualdade e ao acesso à justiça. No entanto, uma análise mais detida demonstra que, ao menos abstratamente, não há ofensa a tais direitos fundamentais no processo em razão da proibição de concessão de providências de urgência. Tome-se a previsão do artigo 7º, parágrafo 2º, Lei n. 12.016/09 como paradigma à demonstração do que se afirma. Essa regra, como mencionado, veda a concessão de liminares para compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Tal previsão parece ter o claro objetivo de evitar prejuízos financeiros ao Poder Público antes da prolação da sentença final da demanda, ou no caso da entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, pode se dar também em virtude de proteção à saúde pública. Dessa forma, pode-se afirmar que tal regra consagra ponderação legislativa que procura proteger as pessoas jurídicas de direito público de prejuízos financeiros em razão de mera cognição sumária. Passando-se, então, ao confronto do dispositivo legal em questão com os direitos fundamentais no âmbito processual, vê-se que as proibições efetuadas por aquele artigo não parecem ofender a igualdade. As limitações aqui efetuadas pelo legislador não se fundam em mero capricho, mas possuem justificativa razoável, promovendo a igualdade material, já que uma medida de cognição sumária que gere prejuízos à Fazenda Pública pode trazer consequências à efetivação de políticas públicas, diante da necessidade de dispêndio de recursos que poderiam ser utilizados com estas últimas. Ademais, não se pode afirmar que a vedação à concessão de liminares acarreta uma ofensa ao direito de acesso à justiça, pois esta configura o direito de acesso a uma prestação jurisdicional justa, e a mera impossibilidade de concessão de medida de urgência não impede, em tese, a obtenção dessa prestação. [...] Contudo, à luz do caso concreto, pode haver uma incidência inconstitucional de tais vedações, a justificar o afastamento da aplicação de tal benefício processual do Poder Público. Dessa forma, conclui-se que a simples previsão abstrata de proibição ao deferimento de medidas liminares não representa ofensa à igualdade, caso haja fundamento razoável à distinção de tratamento, ou ao acesso à justiça, se isso não impedir a obtenção de uma prestação jurisdicional justa. Deve-se, portanto, avaliar em cada situação concreta uma eventual impossibilidade de obtenção de uma prestação jurisdicional final justa, caso não concedida a tutela de urgência em face do Poder Público.”. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 147-148: “A questão da constitucionalidade das normas restritivas de liminares decorre do confronto de dois princípios fundamentais: de um lado, o da preservação da efetividade da jurisdição (inafastabilidade de jurisdição/direito de ação); e, de outro, o do resguardo da segurança jurídica (ampla defesa e contraditório). O equilíbrio entre ambos é o que o legislador deve estar em busca. [...] A solução da controvérsia requer o exame do caso concreto. É difícil generalizar pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade dessas normas.”. ZANETI JUNIOR, Hermes. **Mandado de segurança coletivo**: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 154: “[...] todas as leis que limitam, regulam ou restringem a concessão de liminares em mandados de segurança (individual ou coletivo) poderão ser submetidas ao controle difuso de constitucionalidade. Esse controle garantirá sua razoabilidade, sempre tendo em vista o risco de ineficácia da decisão futura, que, em ação de mandado de segurança, onde a prestação do direito é in natura, poderá inviabilizar o pedido. Nos demais casos concretos, dever-se-á atender para os valores em jogo, diante dos fatos e da discricionariedade do juiz.”.

portanto, constitucional, a restrição legal deve observar os princípios: da necessidade; da menor restrição possível; e da salvaguarda do núcleo essencial⁵²⁶. Contudo, com o devido respeito, tais entendimentos não se sustentam diante das garantias fundamentais da igualdade material e do acesso ao direito material por meio de provimento jurisdicional⁵²⁷.

O STF declarou o art. 1º, Lei 9.494/1997⁵²⁸ constitucional na ADC n.º 4. Entretanto, deve-se estar atento aos limites dessa decisão. Por trazer regra excepcional, o art. 1º, Lei

⁵²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204-206: “Ao disciplinar os mecanismos jurisdicionais de outorga de tutela provisória, está o legislador ordinário submetido à tração de duas forças com direção oposta: de um lado, a da preservação da efetividade da jurisdição e, de outro, a do resguardo da segurança jurídica. A ampliação dos mecanismos de tutela provisória importa dar prevalência à primeira dessas forças, em prejuízo da segunda; sua restrição opera fenômeno inverso. Manter o equilíbrio entre elas e operar restrições dentro de limites razoáveis, eis o desafio que é posto ao legislador ordinário. Para se desincumbir legitimamente dessa missão, a norma restritiva há de atentar para três princípios, já estudados e agora lembrados: a) o princípio da necessidade, segundo o qual a limitação somente será legítima quando for efetivamente necessária, ou seja, quando operar em situação de real conflito entre direitos fundamentais de mesma hierarquia; b) o princípio da menor restrição possível, segundo o qual a restrição imposta há de se operar em limites razoáveis, não mais extensos que os necessários à formulação de regra solucionadora do conflito; c) o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, segundo o qual a regra de solução do conflito não será legítima quando, a pretexto de harmonizar direitos conflitantes, acabar eliminando um deles ou retirando dele a sua substância elementar. [...] em princípio, não é inconstitucional a restrição, firmada em lei ordinária, à concessão de medidas liminares antecipatórias, desde que na formulação da regra limitativa sejam observados os princípios acima enunciados. Juízos definitivos sobre a legitimidade da concessão ou da restrição à concessão de liminares certamente não dispensam o exame particular da colisão de direitos fundamentais concretamente verificada. Foi a conclusão a que chegou o STF em precedente em que a ‘generalidade, diversidade ou imprecisão de limites do âmbito da vedação de liminar’ operada pela norma ordinária dificultava demarcar, em tese, ‘até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se iniciava, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à plenitude da jurisdição ao Poder Judiciário’. Em casos tais, em que a lei restritiva pode ser legítima ou não, dependendo da circunstância do caso concreto, a solução alvitrada acertadamente pela Suprema Corte foi a de manter a vigência Lei, sem prejuízo, porém, do ‘exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar’”.

⁵²⁷ CRAMER, Ronaldo; OLIVEIRA, Guilherme; REDONDO, Bruno. **Mandado de Segurança: Comentários à Lei 12.016/2009**. São Paulo: Método, 2009, p. 101-102, sustentam que: “Ainda que seja de certo modo compreensível a motivação política revelada por esses dispositivos, não há como defender sua constitucionalidade, especialmente após o advento da CRFB/1988 que consagra, muito clara e firmemente, a inafastabilidade do controle jurisdicional entre suas garantias fundamentais (art. 5º, XXXV, CRFB/1988). A concessão de medida de urgência, seja de que natureza for, está intimamente ligada a esta garantia e, muitas vezes, pode constituir o único instrumento para que ela seja prestigiada. Em diversas situações concretas a espera pelo trâmite regular do procedimento do mandado de segurança até o trânsito em julgado acarreta lesão grave ou irreparável a direito, dano que a Constituição busca de todo modo evitar. toda e qualquer limitação ao deferimento de medida liminar viola o modelo constitucional do mandado de segurança, já que se trata de medida consistente em garantia constitucional claramente vocacionada para a entrega do bem da vida *in natura*, que se torna gravemente ameaçada pela usual morosidade do processo se não houver mecanismo apto a adiantar essa tutela. Tanto é assim que o mandado de segurança sequer permite a recomposição pecuniária dos danos sofridos resultantes de ilegalidades ou abusos de poder. Da mesma forma, os antecedentes do mandado de segurança – tais como a ação de anulação dos atos administrativos e suas outras formas arcaicas – sempre previram a concessão de medida liminar em moldes semelhantes a que se tem nos dias atuais”.

⁵²⁸ "Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º Lei 8.437, de 30 de junho de 1992". BRASIL. Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.

9.494/1997 deve ser interpretado de forma restritiva⁵²⁹. A medida cautelar requerida na ADC n.º 4 foi julgada em 11/02/1998⁵³⁰, antes, portanto, da vigência da MP 2.180/2001 que acrescentou ao art. 1º, Lei 8.437/1992, seu atual §5º, *in verbis*: “não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários”. Com a superveniência da referida MP e da vigência do novo §5º do art. 1º, Lei 8.437/1992, surgiu o entendimento de que não caberia tutela antecipada para compensação de créditos previdenciários. O STF, contudo, acabou firmando sua jurisprudência no sentido de que o art. 1º, Lei 9.494/1997 se refere apenas ao caput do art. 1º Lei 8.437/1992, e não aos parágrafos deste artigo⁵³¹ e deixou claros os limites da decisão cautelar que proferiu na ADC n.º 4, ao

⁵²⁹ CRAMER, Ronaldo; OLIVEIRA, Guilherme; REDONDO, Bruno. Mandado de Segurança: Comentários à Lei 12.016/2009. São Paulo: Método, 2009, p.102.

⁵³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 4 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, j. 11/02/1998, DJ 21-05-1999 PP-00002 EMENT VOL-01951-01 PP-00001. Ementa: "AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º Lei 9.494, de 10.09.1997: "Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts 5º e seu parágrafo único e art. 7º Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º Lei 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º Lei 8.437, de 30 de junho de 1992." 2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial ("fumus boni iuris"). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do "periculum in mora", em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, "ex nunc", e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º Lei 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente "ex nunc", os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido".

⁵³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 1020 AgR, Relator(a): Min. Octavio Gallotti, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2002, DJ 21-02-2003 PP-00028 EMENT VOL-02099-01 PP-00088. Ementa: "DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO DIRIGIDA AO S.T.F., CONTRA DECISÃO DE JUIZ DE 1º GRAU, QUE CONCEDEU TUTELA ANTECIPADA, PARA GARANTIR A COMPENSAÇÃO DE VALORES CORRESPONDENTES A CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS INDEVIDAMENTE RECOLHIDAS. ALEGAÇÃO DE QUE TAL DECISÃO DESRESPEITOU A DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NA A.D.C. Nº 4, QUANDO DEFERIU MEDIDA CAUTELAR, COM FORÇA VINCULANTE, PARA OS FINS ALI CONSIDERADOS. 1. Ao contrário do sustentado pelo Reclamante, no julgamento da mencionada A.D.C.

editar, em 26/11/2003, o enunciado n.º 729 de sua súmula, de acordo com o qual: "a decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária"⁵³². O Plenário do STF julgou o mérito da ADC n.º 4 em 01/10/2008, confirmando a decisão que tomara em sede de cautelar⁵³³. Donde se conclui que o enunciado n.º 729, da súmula do STF se aplica à decisão de mérito proferida na ADC n.º 4. O STJ orientou a sua jurisprudência no mesmo sentido⁵³⁴. Assim, segundo o STF e o STJ, o aumento de benefícios previdenciários

nº 4, somente se discutiu a constitucionalidade do "caput" do art. 1º Lei 9.494/97, como nele está expresso - e não em conjugação com os parágrafos do art. 1º Lei 8.437/92, que naquele não são referidos. E que, ademais, são inteiramente autônomos. 2. Por isso mesmo, examinando questão assemelhada à que se focaliza na presente Reclamação, decidiu o Plenário, na Reclamação nº 798 (D.J. de 08.09.2000): "Ementa: Tutela antecipada concedida para determinação de abatimento na alíquota de contribuição previdenciária do servidor. Nem pela simples circunstância de refletir em consignação no contra-cheque de pagamento da remuneração do servidor, pode ela equiparar-se à vantagem funcional de que trata o art. 1º Lei 9.494-97, validada pelo julgamento cautelar da Ação Declaratória nº 4, de forma alguma descumprido pela decisão reclamada." 3. No caso presente, pelas mesmas razões, a Reclamação não foi admitida, "ab initio", e o presente Agravo é improvido. 4. Decisão unânime".

⁵³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado n.º 729, da Súmula do STF. Aprovada na sessão plenária de 26/11/2003. DJ de 09/12/2003, p. 2; DJ de 10/12/2003, p. 2; DJ de 11/12/2003, p. 2. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 nov. 2016.

⁵³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 4, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 01/10/2008, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 EMENT VOL-02754-01 PP-00001. Ementa: "AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – NATUREZA DÚPLICE DESSE INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – INERÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA EM RELAÇÃO À ATIVIDADE JURISDICIONAL – CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROVIMENTO CAUTELAR CUJA FUNÇÃO BÁSICA CONSISTE EM CONFERIR UTILIDADE E ASSEGURAR EFETIVIDADE AO JULGAMENTO FINAL A SER ULTERIORMENTE PROFERIDO NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS DO PODER CAUTELAR DEFERIDO AOS JUÍZES E TRIBUNAIS – INOCORRÊNCIA DE QUALQUER OFENSA, POR PARTE Lei 9.494/97 (ART. 1º), AOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – LEGITIMIDADE DAS RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS EM REFERIDA NORMA LEGAL E JUSTIFICADAS POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO À PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E À CLÁUSULA DE PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA – GARANTIA DE PLENO ACESSO À JURISDIÇÃO DO ESTADO NÃO COMPROMETIDA PELA CLÁUSULA RESTRITIVA INSCRITA NO PRECEITO LEGAL DISCIPLINADOR DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EM PROCESSOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – OUTORGA DE DEFINITIVIDADE AO PROVIMENTO CAUTELAR QUE SE DEFERIU, LIMINARMENTE, NA PRESENTE CAUSA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE PARA CONFIRMAR, COM EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA GERAL E “EX TUNC”, A INTEIRA VALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ART. 1º LEI 9.494, DE 10/09/1997, QUE “DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA”.

⁵³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 541.983/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 18/11/2014, DJe 24/11/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2016. Ementa: "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE LIMINAR. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 729 DO STF. 1. Ainda que o artigo 7º, § 2º, Lei nº 12.016/2009 vede expressamente a "extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza" por meio de medida liminar, a natureza previdenciária do direito ora pleiteado excepciona a presente hipótese e torna possível tal concessão, de acordo com entendimento sedimentado pelo Excelso Pretório, através

pode ser concedido por meio de liminar em mandado de segurança ou de tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa). Podemos concluir, portanto, que a proibição de tutela provisória de urgência contra o Poder Público somente se aplica às matérias expressamente arroladas pelo art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009. Em outras palavras, a concessão de tutela provisória de urgência satisfativa ou cautelar é viável em todos os demais casos, por falta de vedação expressa⁵³⁵.

Além disso, como o STF somente declarou constitucional o art. 1º, Lei 9.494/1997 e como não existe, no Brasil, declaração implícita de constitucionalidade de "dispositivos que não tenham sido objeto de decisão", continua sendo "possível o controle de constitucionalidade de todos os dispositivos que preveem vedações similares à concessão de tutela de urgência, seja no procedimento do mandado de segurança, seja em qualquer outro procedimento"⁵³⁶.

O STJ orientou a sua jurisprudência no sentido de que "a Emenda Constitucional 30/2000, ao inserir no § 1º do art. 100 da CF/88 a obrigação de somente ser incluído no orçamento o pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, extinguiu a possibilidade de execução provisória" contra a Fazenda Pública⁵³⁷. Com a EC n.º 62/2009, o §1º do art. 100, da CRFB/1988, foi renumerado, passando a ser o §5º. A redação do mencionado dispositivo foi, contudo, mantida.

O art. 2º-B, Lei 9.494/1997, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, veda o cumprimento provisório de sentença que determine "a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de

do enunciado da Súmula nº 729 ("A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária"). 2. Agravo regimental não provido".

⁵³⁵ CRAMER, Ronaldo; OLIVEIRA, Guilherme; REDONDO, Bruno. **Mandado de Segurança: Comentários à Lei 12.016/2009**. São Paulo: Método, 2009, p.102.

⁵³⁶ CRAMER, Ronaldo; OLIVEIRA, Guilherme; REDONDO, Bruno. **Mandado de Segurança: Comentários à Lei 12.016/2009**. São Paulo: Método, 2009, p.103.

⁵³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 464.332/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 14/09/2004, DJ 06/12/2004, p. 250. Informativo nº 0221. Período: 13 a 17 de setembro de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 nov. 2016. "FAZENDA PÚBLICA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. Não há execução provisória contra a Fazenda Pública (CPC, arts. 730 e 731), visto que somente pode ser incluído no orçamento o pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado. Precedente citado: REsp 447.406-SP, DJ 12/5/2003". A EC 30/2000 conferiu a seguinte redação ao art. 100, §1º, da CRFB/1988: "É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente".

vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações"⁵³⁸.

O STF consolidou a sua jurisprudência no sentido de que “o pedido de nomeação e posse em cargo público, decorrente de preterição na ordem de classificação dos aprovados em concurso público, não se confunde com o pagamento de vencimentos, que é mera consequência lógica da investidura no cargo para o qual concorreu”. Assim, para a Suprema Corte brasileira os artigos 7º, §§2º e 5º, e 14, §3º, Lei 12.016/2009, os artigos 1º, e 2º-B, Lei 9.494/1997 e o art. 1º, Lei 8.437/1992, não impedem a concessão de liminar ou de tutela antecipada, em decisão interlocutória ou na sentença, visando à nomeação e posse de candidato em razão de sua aprovação em concurso público e, tampouco, o pagamento de vencimentos a este pelo serviço efetivamente prestado⁵³⁹. O STJ orientou a sua jurisprudência no mesmo sentido⁵⁴⁰.

⁵³⁸ BRASIL. Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.

⁵³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 7402 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 09/12/2010, DJe-026 DIVULG 08-02-2011 PUBLIC 09-02-2011 EMENT VOL-02460-01 PP-00072 LEXSTF v. 33, n. 387, 2011, p. 140-144. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 abr. 2017. Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO À DECISÃO PROFERIDA NA ADC 4-MC/DF. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. I - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que não está abrangida pela ADC 4/DF decisão que, ao conceder antecipação dos efeitos da tutela, limita-se a assegurar a nomeação a candidato aprovado em concurso público, sem concessão de efeito financeiro pretérito. II – Agravo regimental improvido”. No mesmo sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 5983 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 03/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-02 PP-00224 RTJ VOL-00208-02 PP-00481. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 abr. 2017. Ementa: “SERVIDOR PÚBLICO. Cargo. Concurso público. Candidato aprovado. Nomeação e posse. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública para estes fins. Admissibilidade. Pagamento consequente de vencimentos. Irrelevância. Efeito secundário da decisão. Inaplicabilidade do acórdão da ADC nº 4. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4, a decisão que, a título de antecipação de tutela, assegura a candidato aprovado em concurso a nomeação e posse em cargo público”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4879, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 20/05/2009, DJe-186 DIVULG 01-10-2009 PUBLIC 02-10-2009 EMENT VOL-02376-01 PP-00183. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 abr. 2017. EMENTA: “RECLAMAÇÃO. MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. NOMEAÇÃO DE CANDIDATA APROVADA EM CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO NA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 4/DF. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. O pedido de nomeação e posse em cargo público, decorrente de preterição na ordem de classificação dos aprovados em concurso público, não se confunde com o pagamento de vencimentos, que é mera consequência lógica da investidura no cargo para o qual concorreu. 2. Aplicação da súmula 15 deste Supremo Tribunal Federal: ‘dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação’. 3. As consequências decorrentes do ato de nomeação da interessada não evidenciam desrespeito à decisão proferida nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4/DF. Precedentes. 4. Reclamação julgada improcedente”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 302: “Se a tutela antecipada não é concedida para impor pagamento de vantagem, mas tal pagamento será realizado como consequência da medida antecipatória. A hipótese não se encaixa na proibição do art. 10 Lei 9.494/1997) não havendo ofensa à decisão proferida na ADC 4. Assim, por exemplo, é possível a tutela antecipada para impor a

O STJ pacificou o entendimento de que o art. 2º-B, Lei 9.494/1997, não veda o cumprimento provisório de sentença que determine a promoção de servidor público⁵⁴¹, que institua pensão por morte de servidor público⁵⁴², que determine a revisão de pensão ou a restauração de benefício previdenciário anteriormente percebido. O Tribunal tem aplicado ao cumprimento provisório de sentenças sobre causas de natureza previdenciária, por analogia, o enunciado n.º 789 da súmula do STF⁵⁴³.

nomeação e a posse de candidato aprovado em concurso público. É verdade que, uma vez empossado, o candidato passa a ostentar a condição de servidor público. Vindo a perceber remuneração, com inclusão em folha de pagamento. Como os efeitos financeiros constituem uma consequência secundária da decisão, a hipótese não se encaixa nas vedações do art. 1º Lei 9.494/1997, não arrostando o quanto decidido na ADC 4”.

⁵⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 34.532/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 04/09/2014, DJe 19/09/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 nov. 2016. Ementa: “[...] 3. No tocante aos arts. 1º, 2º-B, Lei 9.494/1997, 7º, § 2º, Lei 12.016/2009, o entendimento jurisprudencial desta Corte é o de que não incide a proibição neles prevista na hipótese em que o autor busca sua nomeação e posse em razão de aprovação em concurso público, como no caso. [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.259.941/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 04/12/2012, DJe 19/12/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 nov. 2016. “ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. NOMEAÇÃO E POSSE EM CARGO PÚBLICO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. AFRONTA AOS ARTS. 1º, § 3º, LEI 8.437/1992; 1º E 2º-B LEI 9.494/1997. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A vedação contida nos arts. 1º, § 3º, Lei 8.437/92 e 1º Lei 9.494/97, quanto à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos casos de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, não se aplica nas hipóteses em que o autor busca sua nomeação e posse em cargo público, em razão da sua aprovação no concurso público. Precedente do STJ. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a vedação de execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública restringe-se às hipóteses previstas no art. 2º-B Lei 9.494/97, o que não é o caso dos autos, pois não há determinação de pagamentos pretéritos, mas apenas o pagamento pelo efetivo serviço prestado. 3. Agravo Regimental não provido”.

⁵⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp n.º 1.314.383/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 15/09/2016, DJe 29/09/2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 nov. 2016. Ementa: “AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MILITAR. PROMOÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DA VEDAÇÃO DO ART. 2º-B LEI 9.494/97. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A impossibilidade de Execução Provisória contra a Fazenda Pública encontra limite nas hipóteses expressamente previstas no art. 2º-B da Lei 9.494/1997, nelas não se enquadrando a promoção de Servidor Público (REsp. 1.199.234/ES, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 27.9.2010). 2. Agravo Interno do Estado de Mato Grosso do Sul desprovido”.

⁵⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 230.482/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 07/03/2013, DJe 12/03/2013. Informativo 519. Período: 28 de maio de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 nov. 2016. Ementa: “ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ART. 2º-B LEI 9.494/97. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. 1. Nos casos de instituição de pensão por morte de servidor público, este Superior Tribunal de Justiça tem admitido a possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, porque a situação não está inserida nas vedações do art. 2º-B Lei n. 9.494/97, cuja interpretação deve ser restritiva. 2. Agravo regimental não provido”.

⁵⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 658.518/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 21/11/2006, DJ 05/02/2007, p. 331. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 nov. 2016. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. NÃO INCIDÊNCIA DA VEDAÇÃO DO ART. 2º-B LEI 9.494/97. HIPÓTESE NÃO PREVISTA. 1. Esta Corte Superior, no desempenho da sua missão constitucional de interpretação da legislação federal, deu uma exegese restritiva ao art. 2º-B Lei 9.494/97, no

O STF já decidiu que a reitegração de servidor pode ser implementada, tanto por liminar em mandado de segurança, quanto por cumprimento provisório de sentença, não obstante o disposto no art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009 e no art. 2º-B, Lei 9.494/1997, já que esta situação não cria uma nova relação jurídica, mas, tão somente, restabelece uma que foi ilegalmente extinta. Em outros termos, a reintegração não inclui o servidor na folha de pagamento, mas, sim, o coloca de volta nesta. Nesse caso, o pagamento de vencimentos ao servidor como contraprestação pelo trabalho que este realizou após a sua reintegração é mero efeito secundário da decisão que a determinou⁵⁴⁴. O STJ orientou a sua jurisprudência no mesmo sentido⁵⁴⁵. Da mesma forma, o STJ já decidiu que o art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009 e o art. 1º, Lei 9.494/1997, não impedem a concessão de tutela antecipada que restabeleça o pagamento mensal, a pensionista, de "adicional por tempo de serviço"⁵⁴⁶.

sentido de que a vedação de execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública deve se ater às hipóteses expressamente elencadas no referido dispositivo. Precedentes. 2. Em face da referida interpretação restritiva, tem-se afastado a aplicação do art. 2º-B Lei 9.494/97 aos casos de revisão de pensões, bem como nos casos de restauração de benefícios previdenciários anteriormente percebidos, por não se enquadrarem nas hipóteses elencadas no dispositivo em questão. Precedentes. 3. Aplica-se, por analogia, a Súmula n.º 729/STF: 'A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.' 4. Agravo regimental desprovido".

⁵⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel 6468 AgR, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 03/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-02 PP-00255 RTJ VOL-00208-02 PP-00488. EMENTA: "SERVIDOR PÚBLICO. Policial Militar. Reintegração no posto. Restabelecimento de condição funcional. Retorno ao statu quo. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Admissibilidade. Pagamento consequente de vencimentos futuros. Irrelevância. Efeito secundário da decisão. Inaplicabilidade do acórdão da ADC nº 4. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4, decisão que, a título de antecipação de tutela, se limita a determinar reintegração de servidor no cargo ou posto, até julgamento da demanda, sem concessão de efeito financeiro pretérito". CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 302: "Se a tutela antecipada não é concedida para impor pagamento de vantagem, mas tal pagamento será realizado como consequência da medida antecipatória, a hipótese não se encaixa na proibição do art. 10 Lei 9.494/1997, não havendo ofensa à decisão proferida na ADC 4. [...] Tome-se [...] como exemplo a hipótese de tutela antecipada que determine a reintegração de servidor ao seu cargo. Como consequência da decisão, haverá inclusão em folha de pessoal. com dispêndio para pagamento de vencimentos futuros. É possível a tutela antecipada, não havendo ofensa à decisão do STF proferida na ADC 4".

⁵⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no MS 14.647/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, j. 14/03/2011, DJe 22/03/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2016. Ementa: "[...] 3. De igual modo não prospera a alegação da agravante no sentido de que a determinação de reintegração do servidor no cargo importa em pagamento da remuneração, o que seria vedado pelo art. 7º, § 2º, Lei 12.016/2009, uma vez que a decisão apenas restabelece a situação funcional do servidor, provisoriamente, que volta ao trabalho, devendo, por óbvio, receber sua remuneração. [...]". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.090.425/AL, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 01/09/2011, DJe 19/09/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2016. Ementa: "[...] 3. É possível a execução provisória contra a Fazenda Pública nos casos de reintegração de servidor, pois a sentença não tem por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens. Precedentes. [...]".

⁵⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.352.935/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 07/08/2014, DJe 25/09/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2016. Ementa: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. RESTABELECIMENTO DE

O STF já deliberou ser possível a concessão de indenização em sede de tutela antecipada proferida contra o Estado⁵⁴⁷.

Podemos concluir, a partir da análise da jurisprudência, que o STF e o STJ esforçam-se para atribuir a interpretação mais restritiva possível aos dispositivos legais que vedam a concessão de tutela provisória e o cumprimento provisório de sentença em face do Poder Público. A aplicação desses dispositivos acabou ficando restrita às obrigações de pagar quantia, desde que não se refiram à matéria previdenciária. Ficaram, portanto, excluídas as obrigações de fazer, ainda que impliquem, de forma mediata, pagamento de quantia.

O STF já deferiu liminares em mandado de segurança, determinando que Poder Executivo Estadual repassasse a Tribunal de Justiça, até o dia 20 de cada mês, o duodécimo orçamentário, como determina o art. 168, CRFB/1988 e a lei orçamentária anual da unidade da Federação⁵⁴⁸. Assim, considerou que a vedação de liminar que determine o pagamento de

VANTAGEM PECUNIÁRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS AUTORIZADORES. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Controverte-se a respeito do acórdão que confirmou a antecipação de tutela, para que fosse restabelecido o pagamento mensal, à pensionista, do ‘Adicional por Tempo de Serviço’. 2. O disposto no art. 7º, § 2º, Lei 12.016/2009 expressamente disciplina, no Mandado de Segurança, norma de semelhante conteúdo aplicável às demais ações, isto é, o art. 1º Lei 9.494/1997. Em síntese, veda a concessão de liminar para ‘a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza’. 3. Não há razão para deixar de aplicar, por analogia, o entendimento do STJ segundo o qual a lei deve ser interpretada restritivamente, de forma que inexistente vedação à antecipação dos efeitos da tutela, nas ações contra a Fazenda Pública, quando a questão litigiosa tem por objeto restabelecimento de vantagem pecuniária suprimida da folha de pagamento do servidor público. 4. A análise dos requisitos para a concessão da medida, previstos no art. 273 CPC, implica, como regra, reexame da matéria fático-probatória. Aplicação da Súmula 7/STJ. 5. Agravo Regimental não provido”.

⁵⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 5174 AgR, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 27/11/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-01 PP-00205 RTJ VOL-00208-03 PP-01056. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 abr. 2017. Ementa: “MAGISTRATURA. Magistrado. Aposentado. Férias não gozadas. Pagamento em pecúnia. Indenização. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Verba que não constitui subsídio, vencimento, salário, nem vantagem pecuniária. Ofensa à liminar deferida na ADC nº 4. Não ocorrência. Situação não compreendida pelo art. 1º Lei 9.494/97. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende a decisão liminar proferida na ADC nº 4, a antecipação de tutela que implica ordem de pagamento de verba de caráter indenizatório”.

⁵⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34.483, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 22/11/2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 br. 2017. Decisão: “A Turma, por votação unânime, deferiu parcialmente a medida liminar, assegurando-se ao Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro o direito de receber, até o dia 20 (vinte) de cada mês, em duodécimos, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, sendo facultado ao Poder Executivo do referido Estado-membro proceder ao desconto uniforme de 19,6% (dezenove inteiros e seis décimos por cento) da Receita Corrente Líquida prevista na Lei estadual nº 7.210/2016 (LOA) em sua própria receita e na dos demais Poderes e órgãos autônomos, ficando ressalvada, além da possibilidade de eventual compensação futura, a revisão desse provimento cautelar caso i) não se demonstre o decesso na arrecadação no “relatório detalhado com todos os recursos que compõem a Receita Corrente Líquida” – o qual o Poder Executivo se comprometeu a encaminhar à ALERJ no prazo de até 30 (trinta) dias da publicação Lei estadual nº 7.483/2016 -; ou ii) não se confirme o decesso no percentual projetado de 19,6% (dezenove inteiros e seis décimos por cento) em dezembro/2016, também mediante “relatório detalhado com todos os recursos que compõem a Receita Corrente Líquida”, ao qual, em todos os casos, deve ser conferida a mais ampla transparência e publicidade, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 22.11.2016”. No mesmo sentido, BRASIL.

qualquer natureza, consubstanciada no art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009, não se aplica nesta hipótese.

O STF decidiu, acertadamente, que as restrições legais à tutela antecipada contra a Fazenda Pública não se aplicam quando esta estiver fundamentada na jurisprudência daquele tribunal⁵⁴⁹. Como guardião da Constituição, cabe ao STF conferir unidade à interpretação da

Supremo Tribunal Federal. MS 23267, Rel. Min. Neri da Silveira, j. 29/10/1998, DJ 12-11-98, p. 37. Decisão monocrática: “[...] 9. Atendidos, assim, os pressupostos de índole processual e sendo relevantes os fundamentos da inicial, consoante se demonstrou, bem assim fazendo-se presente o periculum in mora, conforme adequadamente o acentuou a inicial, às fls. 15, na linha de precedentes do Supremo Tribunal Federal, com base no art. 7º, II, Lei 1533/1951, defiro a medida liminar [...], determinando ao impetrado se efetue o imediato repasse, ao Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, dos recursos orçamentários que lhe são destinados pela Constituição Federal (art. 168) e pela Constituição do Estado (art. 124) e Lei estadual nº 10.473/1997, correspondentes ao mês de outubro em curso [...], ficando ao impetrante assegurado, até o julgamento final deste mandado de segurança, o repasse dos recursos orçamentários relativos aos duodécimos, notadamente de novembro e dezembro de 1998, sempre até o dia 20 de cada mês. [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22384, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, j. 14/08/1997, DJ 26-09-1997 PP-47479 EMENT VOL-01884-01 PP-00154. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 br. 2017. Ementa: “- DIREITO CONSTITUCIONAL, FINANCEIRO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CONTRA OMISSÃO DE GOVERNADOR DO ESTADO: DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS (REPASSE DOS DUODÉCIMOS) (ART. 168 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO S.T.F. (ART. 102, I, "N", DA C.F.). LEGITIMIDADE ATIVA. LEGITIMIDADE PASSIVA. INTERESSE DE AGIR. 1. A competência originária do S.T.F., para o processo e julgamento da impetração, com base no art. 102, I, "n", da C.F., ficou bem demonstrada na petição inicial, com indicação, inclusive, de precedentes do Plenário, em situações análogas. 2. O Tribunal de Justiça tem legitimidade ativa para pleitear, mediante Mandado de Segurança, o repasse dos duodécimos, de que trata o art. 168 da C.F. 3. E o Governador do Estado legitimidade passiva, pois é a autoridade responsável por essa providência. 4. Embora o impetrante pudesse utilizar-se da via ordinária, em processo de ação cominatória, nada impedia que se valesse da via do Mandado de Segurança, pelo qual também se pode, em tese, compelir a autoridade pública à prática de algum ato, que haja deixado de praticar, e a que esteja juridicamente vinculada. 5. O repasse dos duodécimos vencidos antes da impetração, relativos aos meses de setembro e outubro de 1995, já ocorreu, em cumprimento à medida liminar deferida. Assim, também, aquele relativo aos meses subsequentes, ao menos até o de novembro de 1996. 6. Nesses pontos, portanto, o Mandado de Segurança está prejudicado, pois seu objetivo já foi alcançado. 7. No que concerne, porém, aos meses posteriores, de dezembro de 1996, em diante, o M.S. é deferido, em caráter definitivo, confirmando-se a medida liminar e determinando-se à autoridade coatora que providencie o repasse dos duodécimos, tanto dos que se venceram no curso do processo, quanto dos que se vencerem até o final de seu mandato, sempre até o dia 20 de cada mês. 8. Preliminares rejeitadas. Pedido parcialmente prejudicado. E, noutra parte, deferido, nos termos do voto do Relator. 9. Decisão unânime”.

⁵⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 5163 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 27/11/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL 02347-01 PP-00199. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 br. 2017. Ementa: “ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Concessão contra a Fazenda Pública. Servidor público. Vencimentos. Conversão monetária de cruzeiro real em URV. Diferença. Incorporação determinada. Direito reconhecido. Jurisprudência do Supremo. Ofensa à autoridade da liminar concedida na ADC nº 4. Não ocorrência. Reclamação inviável. Segmento negado. Agravo improvido. Não se admite reclamação contra decisão que está em consonância com assentada jurisprudência da Corte”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4628 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-01 PP-00169 RTJ VOL-00208-02 PP-00478. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 br. 2017. Ementa: “ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Concessão contra a Fazenda Pública. Servidor Público. Militar da Aeronáutica. Vencimentos. Reajuste fundado nas Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93. Aplicação do art. 37 X, da CF. Direito reconhecido. Jurisprudência do Supremo. Ofensa à autoridade da liminar deferida na ADC nº 4. Não ocorrência. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende a autoridade da liminar deferida na ADC nº 4, a decisão em que o objeto da antecipação de tutela corresponda a prestação exigível nos termos da jurisprudência do Supremo”.

Lei Maior e eficácia às normas consagradas por esta. Uma vez pacificado entendimento sobre determinada regra constitucional, no âmbito da Suprema Corte, a Administração Pública deve segui-lo e, deixando de fazê-lo, deve o órgão jurisdicional competente, uma vez provocado, deferir tutela antecipada baseada na interpretação adotada pelo STF⁵⁵⁰. Nesse caso, a despeito da urgência, o direito do autor é evidente, tendo em vista o disposto no art. 311, II, CPC, podendo o juízo competente reconhecê-lo em decisão liminar, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo. A referida norma CPC deve ser interpretada sistemática e finalisticamente para abarcar não somente as teses firmadas “em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”, como está expresso no texto do inciso, mas qualquer decisão de tribunal à qual a lei atribua eficácia vinculante a exemplo das “decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (art. 927, I, CPC), dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida (art. 102, §3º, CRFB/1988 e art. 1.035, CPC), dos “enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional” que não tenham sido abandonados, na prática, por estes tribunais (art. 927, IV, CPC)⁵⁵¹, e da orientação de determinado Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, no que concerne especificamente aos órgãos jurisdicionais que a este estiverem vinculados (art. 927, V, CPC).

O art. 1.059, CPC, deve ser interpretado no sentido de que “as vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência”⁵⁵², tendo em vista que as leis 12.016/2009 e 8.437/1992 não se referem à tutela da evidência, pois, quando entraram em vigor, somente a tutela de urgência tinha previsão legal. Em outras palavras, apenas as tutelas de urgência são referidas pelos arts. 1º a 4º Lei nº 8.437/1992 e pelo art. 7º, § 2º, Lei n.º 12.016/2009.

⁵⁵⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2016, p. 302: “A decisão concessiva de tutela antecipada que se apoie em entendimento já consolidado no STF também não ofende o julgamento da ADC 4. Nesse caso, cumpre privilegiar a uniformidade de entendimento, pondo-se em relevo a autoridade da Suprema Corte e a normatividade do próprio texto constitucional. Se a Corte Suprema já firmou determinada orientação, deve a Administração Pública segui-la. E, se não o fizer, caberá tutela antecipada, mesmo nas hipóteses previstas no art. 1º Lei 9.494. de 1997, não havendo afronta ao julgado proferido na ADC 4”.

⁵⁵¹ BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. I Jornada de Direito Processual Civil. (Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017). Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2017: “Enunciado 48 – É admissível a tutela provisória da evidência, prevista no art. 311, II, CPC, também em casos de tese firmada em repercussão geral ou em súmulas dos tribunais superiores.”.

⁵⁵² FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). Enunciados do FPPC. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 03 set. 2017. Enunciado n.º 35.

O art. 1º, §3º, Lei 8.437/1992 estabelece que: "não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação". Para compreender o sentido da regra é necessário analisar o contexto histórico em que o dispositivo foi elaborado. A Lei 8.437/1992 entrou em vigor antes da Lei 8.952/1994 que alterou a redação dos artigos 273 e 461, CPC/1973, criando a tutela antecipada (satisfativa), numa época em que a ação cautelar era frequentemente utilizada com a imprópria finalidade de antecipar a tutela do direito material. Assim, o art. 1º, §3º, Lei 8.437/1992, teve por fim vedar a utilização da ação cautelar para a obtenção de antecipação de tutela contra o Poder Público. Ao instituir a antecipação de tutela, a Lei 8.952/1994 revogou tacitamente o art. 1º, §3º, Lei 8.437/1992. Não obstante, o STJ continua a aplicar este dispositivo. Assim, sua revogação expressa seria conveniente.

O art. 1º, §1º, Lei 8.437/1992 dispõe que: "não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal". Não obstante, teve sua interpretação atualizada pelo STJ, após a vigência Lei 8.952/1994, para abarcar não somente a tutela cautelar, mas também a antecipada, de natureza satisfativa. O STJ vem entendendo que o art. 1º, §1º, Lei 8.437/1992 se refere a todas as modalidades de tutela provisória⁵⁵³.

O art. 1º, §1º, Lei 8.437/1992, deixa claro que, embora o uso do mandado de segurança seja facultativo, podendo o administrado optar por impugnar o ato da autoridade por meio de ação ordinária, que será inicialmente julgada por juízo de primeira instância, a escolha pelo procedimento comum implicará a impossibilidade de obter tutela provisória em primeira instância, pois somente o tribunal competente para julgar o mandado de segurança poderá concedê-la. Atribuir a determinado órgão jurisdicional competência para julgar certa lide, sem conferir a este o poder de tutelar a urgência ou a evidência significa, na prática, denegar ao autor a tutela jurisdicional tempestiva e efetiva. O autor pode ajuizar ação ordinária contra certa entidade da Administração Pública, ignorando que a violação ao seu direito decorreu de ordem de determinada autoridade e pedir tutela provisória de urgência ao

⁵⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.592.178/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 14/06/2016, DJe 09/08/2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 nov. 2016. Ementa: "[...] 3. O entendimento firmado pelo Tribunal de origem encontra suporte em julgados do STJ, no sentido de que 'o magistrado sofre efetiva limitação no exercício do poder de cautela quando o ato impugnado é de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal, por força do artigo 1º, parágrafo 1º, Lei 8.437/92'. (AgRg na Rcl 4.299/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Corte Especial, DJe 15/2/2011) 4. Conforme lição de TEORI ALBINO ZAVASCKI, 'não há dúvida de que o art. 1º e seu § 1º, da Lei n. 8.437, de 30-06-1992, não foram derogados pela norma que reformou o art. 273 do Código de Processo Civil (Lei n.8.952, de 13-12-1994). As restrições neles estabelecidas, impostas pelo próprio sistema constitucional, persistem e se aplicam à antecipação da tutela disciplinada no Código de Processo'. (Antecipação da tutela. São Paulo: Saraiva, 1997, p.172). [...]"

juízo de primeira instância. Nesta hipótese, será surpreendido por decisão interlocutória que indeferirá seu pedido de tutela provisória com base no art. 1º, §1º, Lei 8.437/1992, a despeito da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Caso seu direito material tenha sido violado por ordem de autoridade que determine a competência do STJ ou do STF para o julgamento do mandado de segurança, nem mesmo a interposição de agravo de instrumento será apta a conferir tutela tempestiva a este, que poderá perecer. Por outro lado, o autor não poderá fazer uso do mandado de segurança antes da extinção do primeiro processo, pois, uma vez posto em curso, o processo do mandado de segurança seria extinto sem resolução do mérito, em razão da litispendência (art. 485, V, CPC). Assim, a vedação do art. 1º, §1º, Lei 8.437/1992, é inconstitucional, por inviabilizar o acesso ao direito material por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988). Por tais razões, propomos a sua revogação expressa.

Lei 8.437/1992	Proposta de alteração da Lei 8.437/1992
Art. 1º, § 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.	Revogado.

O dever do Estado de respeitar a lei orçamentária e a lei de responsabilidade fiscal, embora previsto na Constituição, não é suficiente a conferir constitucionalidade às restrições legais à tutela antecipada, à tutela cautelar e à execução provisória da sentença contra a Fazenda Pública⁵⁵⁴. A lei orçamentária deveria prever verba suficiente para o atendimento de

⁵⁵⁴ Em sentido contrário, Luiz Fux observa que: “No que pertine à Fazenda Pública, gestora do dinheiro de toda a coletividade, arrecadado, de regra, através dos tributos, e submetida a um prévio orçamento e às responsabilidades fiscais inexistentes no âmbito privado, algumas liminares, notadamente as que encerram entrega de soma, arrastam a potencialidade de surpreender o erário. Por essas e por outras razões, ao longo do tempo, foram surgindo limitações à atividade jurisdicional quanto à possibilidade de concessão de liminares contra o Poder Público, previstas na legislação infraconstitucional e que, encontradas na legislação esparsa, restaram por criar um microsistema acerca do tema in foco”. O art. 5º, Lei 4.348/1964, expressamente revogada pela Lei 12.016/2009, estabelecia que: “ Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.”. Quanto a este artigo, Luiz Fux observou que “A preocupação originariamente destacada quanto à organização das finanças públicas justifica a regra” do “parágrafo único do art. 5º Lei 4.348/64”. FUX, Luiz. **O Novo microsistema legislativo das liminares contra**

eventuais tutelas provisórias deferidas contra a Fazenda Pública. O valor desta deveria ser estimado com base em estatísticas de anos anteriores. Eventual revogação dos dispositivos legais que trazem vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública deveria ser precedida de *vacatio legis* razoável de modo a permitir que esta pudesse se preparar adequadamente para o cumprimento de tais decisões judiciais.

Consideramos inadequada a decisão do STF na ADC n.º 4. As proibições de liminares são absolutamente inconstitucionais em relação a qualquer tipo de ação, sendo imperiosa a sua eliminação de nosso ordenamento⁵⁵⁵.

As vedações à tutela provisória contra a Fazenda Pública, estabelecidas pelo art. 1.059, CPC, não foram previstas pela Lei 10.259/2001, que rege o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Federais, e, tampouco, pela Lei 12.153/2009, que regulamenta o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Apesar disso, parte da doutrina sustenta que as referidas vedações devem ser aplicadas aos procedimentos dos Juizados Especiais Federais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em razão da aplicação subsidiária CPC a estes⁵⁵⁶. Além disso, as leis 10.259/2001 e 12.153/2009, expressamente excluem do procedimento daqueles juizados os prazos processuais estendidos em favor da Fazenda Pública (art. 9º, Lei 10.259/2001 e art. 7º, Lei 12.153/2009) e a remessa necessária (art. 13, Lei 10.259/2001 e art. 11, Lei 12.153/2009)⁵⁵⁷⁻⁵⁵⁸. Assim, a lei confere

o poder público. Revista de direito Renovar, Rio de Janeiro, n. 29, p. 13-32, maio/ago. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/858>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

⁵⁵⁵ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. X, p. 275-301, jul./ dez. 2012. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 12 mar. 2014.

⁵⁵⁶ FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública: aspectos controvertidos referentes a ações tributárias e ao novo Código de Processo Civil. In: RODRIGUES, Marco Antonio; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Processo Tributário**. Salvador: *JusPODIVM*, 2017, p. 460: “O art. 4º Lei nº 10.259/2001 permite ao juiz ‘de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação.’ Não obstante a referência a ‘medidas cautelares’, ‘para evitar dano de difícil reparação’, a jurisprudência sempre admitiu a possibilidade de deferimento de tutela antecipada. O art. 3º Lei nº 12.153/2009, além das medidas cautelares, passou a contemplar expressamente a possibilidade de deferimento de medidas antecipatórias da tutela jurisdicional pretendida, e não só para evitar dano de difícil como também de incerta reparação. Diante de uma jurisprudência que, quanto a este ponto, sempre admitiu sem reservas a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, nada há a opor ao pleno emprego das tutelas provisórias de urgência e de evidência de que trata o CPC. Em questões tributárias, a antecipação da tutela fica adstrita aos limites impostos pelos arts. 170-A do Código Tributário Nacional, 1.059 Lei nº 13.105/2015 e 100 da Constituição da República, servindo, quando muito, para afastar o pagamento de tributo ou de sanções decorrentes do seu não pagamento, vedada a restituição antes do trânsito em julgado.”.

⁵⁵⁷ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 67, observa que: “o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) extinguiu vários privilégios processuais, como vedação de medidas de urgência, a remessa necessária, bem como os prazos diferenciados, o que demonstra a maturidade de nosso legislador. Com efeito, a aceitação - sem contestação - pela Administração Pública faz cair por terra todos os argumentos em contrário apresentados.”.

tratamento desigual, irrazoável, ao instituir prazos processuais em dobro em favor da Fazenda Pública em causas de valor igual ou inferior a sessenta salários mínimos, que não se incluem na competência desses Juizados, por força do art. 3º, §1º, Lei 10.259/2001, e do art. 2º, §1º, Lei 12.153/2009. Por outro lado, a Fazenda Pública não goza dos prazos processuais estendidos em demandas por direitos fundamentais a exemplo daquelas referentes ao fornecimento de medicamentos ou de benefícios previdenciários, quando estas são da competência dos Juizados Especiais Federais ou dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

A efetivação da tutela provisória, por meio das medidas que se mostrarem adequadas ao caso concreto, independe “do trânsito em julgado, inclusive contra o Poder Público (art. 297 CPC).”⁵⁵⁹.

A vedação à liminar em mandado de segurança, nas hipóteses do art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009, e a extensão de tais proibições à tutela provisória regulada pelo CPC, ou por qualquer outra lei, são inconstitucionais, pois violam as garantias fundamentais do acesso à justiça e da duração razoável do processo. A não concessão da liminar, quando a urgência a exige, significa privar o demandante de seu direito material, permitindo que este pereça. Assim, propomos a revogação dos §§2º e 5º, art. 7º, Lei 12.016/2009 e do art. 1º, caput, Lei 8.437/1992, para que não haja dúvida de que a liminar e a tutela provisória podem ser deferidas sempre que seus pressupostos legais estiverem presentes.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Art. 7º, § 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.	Art. 7º, §2º Revogado.

⁵⁵⁸ Pouco tempo depois da vigência Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, entrou em vigor a Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que incluiu um §2º, no art. 475, CPC/1973, extinguindo, por uma questão de isonomia, a remessa necessária, no procedimento comum ordinário ou sumário, quando o valor da causa fosse igual ou inferior a sessenta salários mínimos, o mesmo que define a competência dos Juizados Especiais Federais.

⁵⁵⁹ BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. I Jornada de Direito Processual Civil. (Brasília/DF, 24 e 25 de agosto de 2017). Enunciado 38. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2017.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Art. 7º, § 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 Lei no 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.	Art. 7º, §5º Revogado.

Lei n.º 8.437/1992	Proposta de alteração Lei n.º 8.437/1992
Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.	Revogado.

Tendo em vista que o juiz pode conceder a tutela provisória na sentença (art. 1.012, §1º, inciso V, CPC), quando verificar que seus requisitos estão presentes neste momento, e que a efetivação da tutela provisória deve observar as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber, (art. 297, parágrafo único, CPC), qualquer dispositivo que vede, de forma peremptória, a execução provisória contra Fazenda Pública, a exemplo do art. 2º-B, Lei n.º 9.494/1997, é inconstitucional, pois impede o acesso à justiça e a duração razoável do processo, pois impede a efetivação da tutela provisória. Assim, propomos a revogação do art. 2º-B, Lei 9.494/1997 para que fique clara a possibilidade de cumprimento provisório de sentença contra a Fazenda Pública.

Lei n.º 9.494/1997	Proposta de alteração Lei n.º 9.494/1997
Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de	Revogado.

vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.	
--	--

A exigência legal de “audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público” prévia à concessão de liminar em mandado de segurança coletivo (art. 22, §2º, Lei 12.016/2009) e em ação civil pública (art. 2º, Lei 8.437/1992) têm por fim resguardar o erário, a continuidade dos serviços públicos prestados pelo Estado e o interesse da coletividade. Da mesma forma, procura garantir um contraditório mínimo, apesar do perigo da demora, para que o magistrado possa dispor do máximo possível de informações e provas que lhe permitam sopesar os direitos em jogo e avaliar as consequências de uma eventual decisão liminar, antes de proferi-la. Contudo, constatando, diante das circunstâncias do caso concreto, que a observância de tal regra pode comprometer a eficácia da tutela de urgência, o juiz deve, tendo em conta o postulado normativo da proporcionalidade/razoabilidade, reduzir o prazo de que dispõe o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, ou mesmo conceder a liminar sem a oitiva deste⁵⁶⁰. Assim, propomos as seguintes alterações na legislação:

⁵⁶⁰ Nesse sentido, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, afirma que: “A norma contida no § 2.º do art. 22 da Lei 12.016/2009 repete, basicamente, o comando contido no art. 2.º da Lei 8.437/1992. Trata-se de previsão que deve ser devidamente interpretada em conformidade com o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. Isso porque a determinação deverá ser cumprida sempre que a medida judicial pretendida puder aguardar a manifestação da parte impetrada. Com a fixação de um prazo menor, de 72 horas, a realização do contraditório torna-se mais viável, pois a apreciação da medida não terá que aguardar o decurso do prazo de dez dias para a resposta a ser prestada pela autoridade dita coatora. Mas, por outro lado, ainda que mais exíguo o prazo, a medida liminar pode ser de tal modo urgente, que, se não deferida e implementada imediatamente, poderá ser inócua, diante do lapso de setenta e duas horas. O magistrado, todavia, somente poderá conceder a liminar inaudita altera pars, ou seja, sem que se ouça a parte contrária, se, de fato, a postergação por setenta e duas horas ensejar a probabilidade de ineficácia da medida, que aparentemente deva ser concedida. Do contrário, deverá ouvir o representante do Poder Público, para, em seguida, apreciar a medida liminar requerida.”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (Coord.). **Mandado de segurança individual e coletivo**: Lei 12.016/2009 comentada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 176. No mesmo sentido, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Mandado de segurança coletivo**: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 152-153, argumenta que a *ratio essendi* do art. 2º, Lei 8.437/1992, é: “[...] a defesa do patrimônio público contra a amplitude da liminar em mandado de segurança coletivo. Decorre este dispositivo justamente do reconhecimento da inegável força e poder que o ato do magistrado, em se tratando de ações coletivas, exerce em uma massa indeterminada de pessoas (ou pelo menos ainda não determinada) e no Poder Público. Aqui percebe-se que retoma fôlego o argumento pelo contraditório anterior à prolação, mínimo que seja, para permitir ao juiz maiores elementos (e, mesmo muitas vezes, os elementos necessários para concessão da liminar requerida) e segurança na concessão da medida. Ocorre que não se pode negar a “natureza própria” das medidas liminares [...] em resposta à lesão ou ameaça de lesão, de forma eficaz. Existindo risco iminente de perda da eficácia da decisão ou mutilação de seus efeitos, não pode subsistir a vedação por inconstitucional.”. Ainda no mesmo sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 372: “Importante – senão decisiva – a realização de contraditório, ainda que sumário, também na fase de concessão da liminar. É preferível que o magistrado

Lei 12.016/2009	Proposta de alteração da Lei 12.016/2009
<p>Art. 22, §2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.</p> <p>Sem correspondente.</p>	<p>Art. 22, §2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.</p> <p>§3º O juiz poderá reduzir o prazo referido no caput a até 24 (vinte e quatro) horas ou mesmo deferir a liminar sem a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, quando o perigo da demora o justificar.</p>

Lei 8.437/1992	Proposta de alteração Lei 8.437/1992
<p>Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.</p>	<p>Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.</p> <p>Parágrafo único. O juiz poderá reduzir o prazo referido no caput a até 24 (vinte e quatro) horas ou mesmo deferir a liminar sem a audiência do representante judicial da</p>

obtenha, mesmo neste momento inicial e de exercício de cognição limitada, o maior número de elementos disponíveis para sopesar os valores postos em jogo e as conseqüências, na ordem pública (que é definida pelo direito [...]), de sua decisão. Mas, desde que em determinado caso concreto, a prévia oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público (ou quem lhe faça as vezes, acrescentamos, à luz do inc. LXIX do art. 5º, da CF) no prazo de setenta e duas horas seja providência que acarrete a ineficácia do ato, não poderá o juiz sujeitar a concessão da medida ao regime deste art. 2º à liminar requerida no bojo do mandado de segurança coletivo ou, acrescentamos, à liminar requerida no bojo (Lei 7.347/85, art. 12) ou preparatoriamente (Lei 7.347/85, art. 4º) à ação civil pública. Evidentemente que, para chegar a tal conclusão, já deverá o magistrado ter realizado juízo de delibação favorável à tese do impetrante, concluindo pela militância em seu favor da conservação da 'ordem pública' e pela premência do dano que se pretende evitar com a impetração coletiva".

	pessoa jurídica de direito público, quando o perigo da demora o justificar.
--	---

10 APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Por expressa disposição do art. 1.027, §2º, CPC, o art. 1.013, §3º, CPC se aplica ao recurso ordinário em mandado de segurança, já que a possibilidade de que o órgão *ad quem* exerça cognição sobre o mérito da causa, em grau de recurso ordinário, em um caso no qual o juízo *a quo* não o tenha enfrentado não implica atribuir a órgão jurisdicional distinto daquele previsto na Constituição da República uma competência originária para a apreciação do objeto do processo. A possibilidade de cognição sobre o mérito sem que o tribunal *a quo* o tenha enfrentado é, na verdade, manifestação da própria competência recursal ordinária que os arts. 102, II, e 105, II, CRFB/1988 atribuem ao STF e ao STJ. Consequência disso é a imperiosa necessidade de se considerar que a atribuição, pelo texto constitucional, de competência recursal ordinária àquelas duas Cortes deve ser interpretada no sentido mais amplo que tal texto pode receber, de forma a considerar que essa competência constitucional para conhecer de recursos ordinários deve levar a que o STF e o STJ atuem como tribunais de segundo grau, ou seja, como tribunais de recurso. Pois no exercício dessa competência incumbe-lhe apreciar tudo aquilo que a apelação devolve ao tribunal *ad quem*. O recurso ordinário constitucional é essencialmente uma apelação⁵⁶¹. A aplicação da teoria da causa

⁵⁶¹ Nesse sentido, referindo-se ao revogado CPC/1973, CÂMARA, Alexandre. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 243-252, sustenta que: “[...] o recurso ordinário constitucional é, substancialmente, uma apelação. Por conta disso, incidem as normas que se extraem do art. 515 e seus parágrafos, assim como do art. 516 do CPC. O recurso ordinário, portanto, devolve ao tribunal (seja o STJ, seja o STF) o conhecimento da matéria impugnada (art. 515, caput), o que inclui tanto as questões de fato quanto as de direito. Permite-se, ainda, ao tribunal, também, que conheça de questões anteriores à decisão recorrida que não tenham sido decididas pelo tribunal *a quo* (art. 516). Incumbirá, ainda, ao tribunal, conhecer de questões que, suscitadas e discutidas ao longo do processo, não tenham sido apreciadas por inteiro (art. 515, §1º), e se a demanda do impetrante ou a defesa da pessoa jurídica demandada tiver mais de um fundamento e a decisão recorrida tiver acolhido apenas um deles, o recurso ordinário devolverá ao tribunal *ad quem* o conhecimento dos demais (art. 515, §2º). A grande discussão existente a respeito da matéria aqui apreciada concerne à incidência, no recurso ordinário constitucional em mandado de segurança, da regra veiculada pelo § 3º do art. 515 do CPC. Este, como se sabe, é o dispositivo que prevê a incidência, na apelação, da chamada ‘teoria da causa madura’, por força da qual fica o tribunal *ad quem* autorizado a apreciar o mérito da causa mesmo no caso em que o órgão jurisdicional *a quo* não tenha sobre ele se pronunciado se o processo estiver em condições de receber imediato julgamento. Pois é tremendamente controvertida a aplicabilidade dessa técnica ao recurso ordinário constitucional em mandado de segurança. Há decisões do Superior Tribunal de Justiça que admitem essa aplicação, fazendo incidir o disposto no §3º do art. 515 do CPC ao recurso ordinário em mandado de segurança. Confira-se o seguinte: ‘PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO DO MANDAMUS CONTRA ATO DE JUIZ SINGULAR DO JUIZADO ESPECIAL. CABIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. REFORMA DO JULGADO. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA MATÉRIA MERITÓRIA POR ESTA CORTE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 515, §3º, DO CPC. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA AJUIZADA NO JUIZADO ESPECIAL ESTADUAL. UTILIZAÇÃO DO RITO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO ART. 20 DA LEI N.º 10.259/2001. NÃO APLICAÇÃO ÀS CAUSAS PREVIDENCIÁRIAS. ART. 109, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Cabível a impetração do mandado de segurança contra decisão irrecorrível de Juiz singular do Juizado Especial.

2. Presentes os pressupostos estabelecidos no § 3º, do art. 515 do Código de Processo Civil, aplica-o por analogia ao recurso ordinário de mandado de segurança, apreciando-se, portanto, desde logo o mérito da impetração. 3. A proibição expressa na parte final do art. 20 da Lei dos Juizados Especiais Federais não se aplica às causas previdenciárias, diante do que dispõe o § 3º, do art. 109 da Carta Magna. Precedente desta Corte. 4. Na interpretação do novo texto infraconstitucional é importante observar o princípio da supremacia da Constituição, bem como a viabilização do acesso à justiça. 5. Recurso conhecido, mas desprovido.’ (STJ, RMS 17113/MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 24.8.2004). Destaque-se, na ementa que acaba de ser transcrita, o item nº 2, no qual se afirma que ‘presentes os pressupostos estabelecidos no § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, aplica-o por analogia ao recurso ordinário de mandado de segurança, apreciando-se, portanto, desde logo o mérito da impetração’. Há outro precedente do STJ que aplica o §3º do art. 515 do CPC ao recurso ordinário constitucional em mandado de segurança, invocando para tanto fundamentos principiológicos, buscando demonstrar que há perfeita harmonia entre essa aplicação e o modelo constitucional de processo: ‘PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. TEORIA DA CAUSA MADURA. POSSIBILIDADE. [...] 2. No caso, é desnecessária nova remessa dos autos ao Tribunal *a quo*, uma vez que a causa está madura para julgamento, por envolver matéria exclusivamente de direito, permitindo a aplicação do art. 515, §3º, do CPC. Essa providência coaduna-se com os princípios da celeridade e instrumentalidade processuais e com a razoável duração do processo, consagrada no art. 5º, LXXVIII, do Texto Constitucional. Precedentes. [...]’. Há, porém, no próprio Superior Tribunal de Justiça, decisões que afirmam a inaplicabilidade daquele mesmo §3º do art. 515 no recurso ordinário em mandado de segurança. Confirma-se: ‘RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. [...] ART. 515, §3º, DO CPC. NÃO APLICAÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO, SOB PENA DE TRANSFORMAÇÃO DA COMPETÊNCIA RECURSAL DO STJ EM ORIGINÁRIA. OBEDIÊNCIA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STF. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. [...] 2. A Constituição Federal previu expressamente as hipóteses de competência originária e recursal deste Superior Tribunal de Justiça (art. 105, incisos I e II). Desse modo, a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC ao recurso ordinário, com a consequente transformação da competência recursal desta Corte em originária, incorreria em flagrante contrariedade ao texto constitucional e configuraria usurpação da competência do Tribunal local para apreciação do mérito da demanda. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Recurso ordinário provido. Retorno dos autos à Corte de origem para julgamento do mérito da segurança.’ (STJ, RMS 18460/PR, rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 29.9.2009). Perceba-se que o fundamento dessa decisão é a impossibilidade de se autorizar o STJ a pronunciar-se sobre o mérito que não fora anteriormente examinado pelo órgão jurisdicional *a quo*, sob pena de atribuir-se ao tribunal superior uma competência que não seria propriamente recursal, mas originária, e isso sem previsão constitucional. Esse fundamento é bem explicado no voto da eminente relatora, como se verifica pelo seguinte trecho: ‘A Constituição Federal previu expressamente as hipóteses de competência originária e recursal deste Superior Tribunal de Justiça (art. 105, incisos I e II). Desse modo, a aplicação do art. 515, §3º, do CPC ao recurso ordinário, com a consequente transformação da competência recursal desta Corte em originária, incorreria em flagrante contrariedade ao texto constitucional e configuraria evidente usurpação da competência do Tribunal local para apreciação do mérito da demanda.’ A decisão que acaba de ser citada invoca outro precedente do STJ como fundamento de sua decisão, relatado pelo eminente Ministro Luiz Fux: ‘[...] INICIAL INDEFERIDA *IN LIMINE*. ART. 515, DO CPC. INAPLICABILIDADE. [...] 5. O art. 515, § 3º do CPC admite discussão de mérito do recurso ordinário nas hipóteses em que o mesmo restou analisado e sujeito ao contraditório na instância local, mercê de ter sido extinto por decisão terminativa. 6. A ausência de análise meritória do *mandamus*, cuja inicial restou indeferida *in limine* pelo Tribunal local, conduz à inaplicabilidade do §3º do art. 515, do CPC. 7. Recurso Ordinário provido para que o Tribunal *a quo* julgue o mérito do *mandamus*.’ (STJ, RMS 23356/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 9.12.2008.). A leitura deste pronunciamento, porém, com todas as vênias à eminente Min. Maria Thereza de Assis Moura, mostra ser absolutamente inadequada a invocação do precedente relatado pelo Min. Fux como indicativo da tese que no seu voto se sustenta. É que no acórdão relatado pelo eminente processualista, posteriormente alçado a uma das Cátedras do Supremo Tribunal Federal, o que afastou a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC ao recurso interposto em mandado de segurança foi o fato de que o tribunal *a quo* indeferira liminarmente a petição inicial do mandado de segurança, o que levou à conclusão de que a causa ainda não estava madura para julgamento. Confira-se o seguinte trecho do voto proferido pelo relator no RMS 23356/RS: ‘Deveras, o art. 515, §3º do CPC admite discussão de mérito do recurso ordinário nas hipóteses em que o mesmo resultou analisado e sujeito ao contraditório na instância local, mercê de ter sido extinto por decisão terminativa. Nada obstante, a ausência de análise meritória do *mandamus*, cuja inicial restou indeferida *in limine* pelo Tribunal local, conduz à inaplicabilidade do §3º do art. 515, do CPC.’. Vê-se, pois, pelo trecho citado do voto, que para o Min. Luiz Fux o disposto no §3º do art. 515 do CPC é, em princípio, aplicável ao recurso ordinário em mandado de segurança, mas para isso é preciso – e não poderia mesmo ser diferente – que a causa esteja pronta para ser julgada pelo tribunal ad quem, o que só ocorre se tiver havido pleno contraditório acerca das questões de mérito na instância inferior, não obstante tenha esta proferido decisão

meramente terminativa, extinguindo o processo sem resolução do mérito. Há, também, decisões do Supremo Tribunal Federal rejeitando a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC ao recurso ordinário constitucional em mandado de segurança. Veja-se, por exemplo, a seguinte ementa: '[...] RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – DEVOLUTIVIDADE. O disposto no § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil não se aplica ao recurso ordinário em mandado de segurança, cuja previsão, no tocante à competência, decorre de texto da Constituição Federal.' (STF, RMS 24309 ED/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 17.2.2004.). No voto do relator encontra-se a seguinte relevante passagem: 'Em primeiro lugar, tenha-se em conta a natureza especial da norma do citado § 3º, dirigida às hipóteses em que se tem a competência originária do Juízo e não de Tribunal Superior. Se é certo que o recurso ordinário conta com devolutividade semelhante à da apelação, não menos correto é que envolve dois tribunais e, aí, não se pode queimar etapas. De qualquer sorte, havendo o Colegiado silenciado sobre o § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil – no que revelado que, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito – artigo 267 – o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento – isso defrontando-se com a apelação, sinalizou no sentido da improriedade da observância do preceito. Para deixar explicitada a matéria, acolho parcialmente os declaratórios, proclamando que o disposto no § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil não guarda adequação com o recurso ordinário constitucional alusivo à denegação do mandado de segurança na origem. Concluo que o caso não enseja o julgamento de imediato do mérito do mandado de segurança, que não se confunde com as lides em geral, devendo ser apreciado pelo órgão competente, mesmo porque descabe concluir que o §3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, na redação imprimida pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, veio a mitigar a competência do Superior Tribunal de Justiça prevista na Carta da República.' Vê-se, então, nas conclusões do voto do relator, que para ele há uma vinculação entre o âmbito de incidência do art. 515, § 3º, do CPC e as competências constitucionalmente estabelecidas para o STJ e para o STF. Assim, aplicar a norma ali veiculada ao recurso ordinário em mandado de segurança implicaria mitigar a competência originária do Tribunal Superior para conhecer de certos mandados de segurança, permitindo-se ao STF realizar o primeiro exame de mérito dessas causas. Outra decisão do STF no mesmo sentido foi assim ementada: '[...] INAPLICABILIDADE AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. [...] 3. Inaplicabilidade do art. 515, § 3º, do CPC – inserido no capítulo da apelação – aos casos de recurso ordinário em mandado de segurança, visto tratar-se de competência definida no texto constitucional. Precedentes [RMS n. 24.309, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 30.04.2004 e RMS n. 24.789, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ 26.11.2004]. 4. Recurso ordinário julgado parcialmente procedente, determinando-se a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para apreciação do mérito da impetração.' (STF, RMS 22180/DF, rei. Min. Eros Grau, j. em 22.6.2005.). Em seu voto, afirmou o relator que 'o § 3º do art. 515 do CPC está inserido no capítulo da apelação, entendida como o recurso interposto de sentença prolatada em processos de competência originária do Juízo de primeiro grau'. E continua o voto do relator afirmando que 'em se tratando de recurso ordinário em mandado de segurança, com competência originária definida no texto constitucional [art. 105, I, 'b'], que não pode ser alterada por lei processual, há de ser prestigiado o Superior Tribunal de Justiça para apreciação do mérito da demanda, sem que se dê qualquer salto de grau jurisdicional'. O fundamento para afastar a incidência do § 3º do art. 515 é, pois, a fixação das competências constitucionais do STJ e do STF, não podendo o Pretório Ex celso apreciar originariamente matéria para a qual a Constituição da República estabeleceu uma competência originária do STJ em um caso no qual esta Corte Superior não apreciou o *meritum causae*. Divergente a matéria na jurisprudência, há de se verificar como a doutrina trata do tema. Pois há autores que sustentam a aplicabilidade do disposto no tantas vezes referido §3º do art. 515 ao recurso ordinário constitucional em mandado de segurança, em entendimento claramente dominante. (Assim, entre outros, José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, v. V, p. 579; Araken de Assis, Manual dos recursos, p. 677; Fernando Gonzaga Jayme, Mandado de segurança, p. 133-134; Luiz Manoel Gomes Júnior, in Luiz Manoel Gomes Júnior, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, Rogério Favreto e Sidney Palharini Júnior, Comentários à nova lei do mandado de segurança, p. 153; José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, Mandado de segurança individual e coletivo, p. 194.). Não é o ponto, porém, pacífico na doutrina, havendo quem sustente a inaplicabilidade da regra. (José Henrique Mouta Araújo, Mandado de segurança, p. 262-263; Mauro Luís Rocha Lopes, Comentários à nova lei do mandado de segurança, p. 140.). Com todo o respeito devido ao Supremo Tribunal Federal e à posição que em sua jurisprudência consolidou-se, deve ser considerado correto o posicionamento acolhido pela doutrina dominante. Em outros termos: aplica-se ao recurso ordinário constitucional em mandado de segurança o disposto no § 3º do art. 515 do CPC. E isso porque a possibilidade de que o órgão *ad quem* exerça cognição sobre o mérito da causa, em grau de recurso ordinário, em um caso no qual o tribunal *a quo* não o tenha enfrentado não implica atribuir-se a órgão jurisdicional distinto daquele previsto na Constituição da República uma competência originária para a apreciação do objeto do processo. A possibilidade de cognição sobre o mérito sem que o tribunal a quo o tenha enfrentado é, na verdade, manifestação da própria competência recursal ordinária que os arts. 102, II e 105, II, da Constituição da República atribuem ao STF e ao

madura ao recurso ordinário interposto contra decisão que denega o mandado de segurança concretiza as garantias fundamentais da duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988) e da efetividade do processo (art. 5º, XXXV, CRFB/1988).

O entendimento de que a teoria da causa madura (1.013, §3º, CPC) não se aplica ao recurso ordinário constitucional em mandado de segurança (arts. 102, II, “a”, e 105, II, “b”, da CRFB/1988)⁵⁶² compromete a duração razoável do processo, ao impedir que o tribunal

STJ. O exame dessa questão impõe, em primeiro lugar, que se relembre lição de um dos mais importantes constitucionalistas brasileiros, ele próprio Ministro do Supremo Tribunal Federal, que afirma que ‘o sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Parece que o argumento da competência estrita do STF não encontra respaldo na práxis jurisprudencial. Afigura-se, pois, incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação, corrente em inúmeros manuais, segundo a qual a competência da Corte há de ser interpretada de forma restritiva’. (Gilmar Ferreira Mendes, in Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de direito constitucional, p. 906.). Extrai-se daí que não é adequada uma interpretação restritiva, próxima da literalidade, dos dispositivos constitucionais que atribuem competência originária ou recursal ao Supremo Tribunal Federal (ou ao Superior Tribunal de Justiça). Consequência disso é a imperiosa necessidade de se considerar que a atribuição, pelo texto constitucional, de competência recursal ordinária àquelas duas Cortes deve ser interpretada no sentido mais amplo que tal texto pode receber, de forma a considerar que essa competência constitucional para conhecer de recursos ordinários deve levar a que o STF e o STJ atuem como tribunais de segundo grau, ou seja, como tribunais de apelação. Pois no exercício dessa competência incumbe-lhe apreciar tudo aquilo que a apelação (e o recurso ordinário constitucional, como vem sendo dito, apelação é) devolve ao tribunal *ad quem*. Aplicar-se a ‘teoria da causa madura’ ao recurso ordinário constitucional em mandado de segurança é, pois, perfeitamente compatível com a competência recursal do STF e do STJ e com o modo como devem ser interpretadas todas as normas que estabelecem as competências dessas Cortes.”.

⁵⁶² ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de segurança**. 5. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015, p. 253: “em que pese o recurso ordinário ter semelhança procedimental com a apelação, sua previsão é constitucional, sendo de competência de Tribunal Superior, razão pela qual também não vislumbro o cabimento do art. 515, § 3o, do CPC/73560 e, conseqüentemente, o art. 1013, § 3º, do CPC/15, em sede de RO.”. Referindo-se ao revogado CPC/1973, ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. **Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/09**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 139-140, observam que: “Outro aspecto controvertido se refere à possibilidade de incidência da teoria da causa madura, aplicando-se analogicamente o art. 515, § 3º, do CPC para permitir que o tribunal competente para o julgamento de recurso ordinário interposto contra acórdão que extinguiu o writ sem resolução de mérito possa ingressar no objeto da impetração, uma vez superado o óbice preliminar. O Supremo Tribunal Federal sempre entendeu ser inaplicável tal norma ao recurso ordinário, sobre o fundamento de que um tribunal poderia até se substituir ao juízo de primeira instância na apelação, mas uma Corte não poderia se fazer substituir a outro tribunal com competências constitucionalmente delimitadas (Vide STF - RMS 26.959-DF – Pleno – Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito – j. em 26.03.2009 – Dje 15.05.2009; ED-RMS 24.309/DF – 1ª T. - Rei. Min. Marco Aurélio – j. em 17.02.2004; DJ 30.04.2004; RMS 24.789/DF - Ia T. – Rel. Min. Eros Grau - j. em 26.10.2004 – DJ 26.11.2004; RMS 22.180/DF – 1ª T. – Rel. Min. Eros Grau – j. em 22.06.2005 - DJ 12.08.2005.). O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento oposto, mais afinado com a celeridade que reveste o mandado de segurança e à inexistência de fase probatória que justifique o retorno dos autos ao tribunal de origem, mas pelo menos uma decisão recente alinhou-se à orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria (No Superior Tribunal de Justiça, existem decisões recentes nos dois sentidos. Admitindo a incidência da teoria da causa madura, STJ - RMS 28.748/SP – 2ª T. – Rel. Min. Herman Benjamin – j. em 09.06.2009 - DJe 21.08.2009; RMS 22.108/DF – 2ª T. – Rel. Min. Castro Meira – j. em 19.05.2009 – Dje 29.05.2009; RMS 28.536/BA – 5ª T. – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. em 14.05.2009 - DJe 15.06.2009. Em sentido oposto – RMS 27.017/SP - 2a T. - Rela. Mina. Eliana Calmon – j. em 18.06.2009 - DJ 29.06.2009.)”. Já Arnaldo Esteves Lima aduz que: “Quanto à aplicabilidade do § 3.º do art. 515 do CPC no julgamento do RO, quando este apenas devolvesse ao tribunal o exame de decisão terminativa, a questão gerava controvérsia. Seria pertinente aplicá-lo, avançando no julgamento da questão básica, propriamente, uma vez reformada a decisão se, pela natureza da matéria de fundo, tal fosse possível? O STF, por seu Plenário, ao julgar o RMS 26.959/DF (DJe 15.05.2009), cujo relator para acórdão foi o saudoso Min. Carlos Alberto Menezes

aprecie o mérito da ação desde logo quando a sentença é nula, mas a causa está suficientemente instruída ou verse questão exclusivamente de direito.

O equivocado, porém frequente, entendimento de que a teoria da causa madura não pode ser aplicada ao recurso ordinário em mandado de segurança, pois, na prática, atribuiria ao STJ e ao STF competência originária para julgar mandado de segurança em casos não previstos pela CRFB/1988, aconselha a introdução, nos arts. 102 e 105 da CRFB/1988, de parágrafos que autorizem, de forma expressa, a aplicação da mencionada teoria ao recurso ordinário em mandado de segurança. Seria oportuno, ainda, que os mencionados parágrafos fizessem referência expressa à decisão que denega o mandado de segurança por ausência de

Direito, vencido o relator originário, Min. Eros Grau, assim decidiu pela sua não aplicação: “No mérito, também em votação majoritária, repeliu-se a incidência do disposto no art. 515, § 3.º, do CPC na via do mandado de segurança, uma vez que este instituto seria aplicado à apelação e que seu conhecimento pelo STF implicaria supressão de instância” (Informativo 539). A propósito, transcrevo excerto da ementa, no pertinente: ‘Recurso ordinário provido para reconhecer a legitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras e determinar a devolução dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para a apreciação do mérito do mandado de segurança, inaplicável o art. 515, § 3.º, do Código de Processo Civil.’ No âmbito do STJ encontrávamos precedentes nos dois sentidos, preponderando aqueles pela sua aplicabilidade, a saber, dentre outros: RMS 25.462/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., DJe 20.10.2008; RMS 28.536/BA, rei. Min. Napoleão Nunes, 5.ª T., DJe 15.06.2009; AgRg no REsp 1.083.012/RS, rei. Min. Humberto Martins, 2.ª DJe 15.06.2009; RMS 27. RMS 25.629/MG, rei. Min. Hermann Benjamin, 2.ª T., DJe 21.08.2009. Pela inaplicabilidade, além de outros: REsp 1.077.368/MG, rei. Min. Jorge Mussi, 5.ª T., DJe 29.06.2009; MS 11.264/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Seção, DJe 25.11.2009. Na última edição deste livro, em 2010, ao tecer considerações sobre a matéria, manifestei meu entendimento no sentido que melhor atenderia aos propósitos da jurisdição – refletidos na celeridade, economia processual, efetividade, prestação – que se admitisse a incidência do art. 515, § 3.º, do CPC no julgamento de RMS, tanto quanto de REsp ou de RE oriundos de acórdãos em mandamus originários de tribunais, quando se fizessem presentes os requisitos contidos nesse preceito. Ademais, segundo inteligência do art. 14 da lei em questão, é certo que da sentença cabe recurso de apelação e, sendo ela extintiva da ação de pedir segurança, o tribunal, quando do julgamento do apelo e, em caso de sua reforma, poderá apreciar o mérito do writ, se presentes os pressupostos do § 3.º do art. 515 do CPC. Assim, igual compreensão, por similitude, deveria ser extensiva ao julgamento dos recursos contra acórdãos em MS decididos, originariamente, por tribunais, em razão da afinidade do recurso ordinário com a apelação. Militam, também, a favor da aplicação do § 3.º do art. 515 do CPC, quando cabível, as regras que, em seu alcance, visam priorizar o MS, quanto a sua celeridade, o que é natural, considerando o seu fim, tais como os arts. 7.º, § 4.º, 13, parágrafo único, 10, § 2.º, 14, § 3.º, 20, 25, etc. da Lei. Essa opção interpretativa encontra suporte, ainda, no art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988, resultante da EC 45/2004, a saber: ‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’. Além dos princípios processuais já referidos, adite-se que a nova lei se aproximou mais da aplicação de normas do processo comum ao writ, conforme se infere do seu art. 24, que corresponde ao art. 19 da revogada Lei 1.533/1951, dentre outros. Verifica-se, entretanto, que, ao longo desses últimos anos, o entendimento do STJ, como se depreende dos julgados oriundos da maior parte de suas Turmas, vem se firmando no sentido de acompanhar a Suprema Corte, considerando inaplicável a regra do art. 515, § 3.º, do CPC (“teoria da causa madura”) aos Recursos Ordinários em MS. Confrimam-se, a respeito, os seguintes julgados: RMS 33.739/BA, rei. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ªT., DJe 14.09.2011, RMS 33.947/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, 2.ªT., DJe 19.12.2012; EDcl no RMS 29.970/PA, rei. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5.ªT., DJe 12.08.2013; AgRg no RMS 27.278/RS, rei. Min. Sebastião Reisjúnior, 6.ªT., DJe 21.08.2013; RMS 37.775/ES, rei. Min. Marco Buzzi, 4.ª T., DJe 02.09.2013; RMS 38.559/BA, rei. Min. João Otávio de Noronha, 3.ª T. DJe 17.02.2014. Pela sua aplicação: AgRg no RMS 26.219/GO, rei. Min. Luiz Fux, 1.ªT., DJe 17.12.2010; RMS 33.746/AM, de minha relatoria, 1.ªT., DJe 13.06.2012. Cumpre ponderar, por fim, que, segundo a lapidar regra inscrita no art. 5.º da LICC, atual LINDB - na redação da Lei 12.376, de 30.12.2010, os fins sociais e as exigências do bem comum devem ser os alvos constantes na aplicação do Direito.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (Coord.). **Mandado de segurança individual e coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 140-142.

direito líquido e certo, haja vista a discussão existente quanto à natureza desta: se terminativa ou de mérito.

A aplicação da teoria da causa madura em recurso ordinário em mandado de segurança, no âmbito do STF, insere-se na competência recursal atribuída pela CRFB/1988 àquele tribunal. Entretanto, percebe-se, pela citação acima, o quão frequente é na jurisprudência o argumento de que a aplicação da referida teoria naquela corte terminaria por usurpar a competência constitucional do STJ para processar e julgar mandados de segurança. Assim, somente a inserção de novel dispositivo constitucional poderá derrubar tal argumento de forma definitiva.

CRFB/1988	Proposta de emenda à CRFB/1988
Sem correspondente.	<p>Art. 102. §4º. Se o processo do mandado de segurança estiver em condições de imediato julgamento, o Supremo Tribunal Federal deverá, ao julgar o recurso ordinário, decidir desde logo o mérito quando:</p> <p>I – reformar acórdão terminativo;</p> <p>II – reformar acórdão que extingue o processo de mandado de segurança por suposta ausência de direito líquido e certo;</p> <p>III - decretar a nulidade do acórdão por não ser ele congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;</p> <p>III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;</p> <p>IV - decretar a nulidade do acórdão por falta de fundamentação.</p>

CRFB/1988	Proposta de emenda à CRFB/1988
Sem correspondente.	<p>Art. 105, §2º. Se o processo do mandado de segurança estiver em condições de imediato julgamento, o Superior Tribunal de Justiça deverá, ao julgar o recurso ordinário, decidir desde logo o mérito quando:</p> <p>I – reformar acórdão terminativo;</p> <p>II – reformar acórdão que extingue o processo de mandado de segurança por suposta ausência de direito líquido e certo;</p> <p>III - decretar a nulidade do acórdão por não ser ele congruente com</p>

	<p>os limites do pedido ou da causa de pedir;</p> <p>IV - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;</p> <p>V - decretar a nulidade do acórdão por falta de fundamentação.</p>
--	--

11 INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, A FUNGIBILIDADE DESTE COM OUTROS PROCEDIMENTOS E O DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA

A ausência de direito líquido e certo ou o decurso do prazo decadencial de 120 dias, torna inadequado o procedimento do mandado de segurança. Na primeira hipótese, alguns magistrados, em razão de uma interpretação equivocada dos arts. 6º, §§ 5º e 6º, e 19, Lei 12.016/2009, proferem sentença terminativa extinguindo o processo do mandado de segurança sem resolução do mérito, por falta de pressuposto processual específico (art. 485, IV, CPC), ou de interesse-adequação (art. 485, VI, CPC)⁵⁶³. Na segunda hipótese, por causa do mesmo entendimento equivocado, vários magistrados extinguem o processo com resolução de mérito, reconhecendo a ocorrência da decadência (art. 487, II, CPC). Tratam-se de soluções inadequadas à luz dos princípios fundamentais do processo, consagrados pela CRFB/1988, sobretudo o do acesso ao direito por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e o da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988). Nesses casos, o processo do mandado de segurança não deveria ser extinto, mas, em razão dos referidos princípios, prosseguir, pelo procedimento comum, disciplinado pelo CPC, ou por outro procedimento especial, a exemplo daquele do *habeas data*.

Quando a Constituição ou a lei atribui competência originária a algum tribunal para o julgamento do mandado de segurança em razão de o ato impugnado ter sido praticado por determinada autoridade, e a corte para onde foi distribuída a ação do mandado de segurança

⁵⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no MS 18.553/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção, j. 14/08/2013, DJe 18/09/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2017: “[...] MANDADO DE SEGURANÇA. [...] AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. [...] 11. Agravo Regimental não provido. Processo extinto sem resolução do mérito nos termos do art. 267, VI, do CPC.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 32.727/SC, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 02/12/2010, DJe 10/12/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2017: “[...] MANDADO DE SEGURANÇA. FALTA DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. [...] 5. A ausência da decisão que determinou a conversão em agravo retido realmente acarreta a não-configuração do direito líquido e certo vindicado, mostrando-se incensurável a denegação da segurança sem resolução do mérito, a teor do art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 20.817/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 13/05/2008, DJe 27/05/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2017: “[...] 3. Não existe direito líquido e certo quando é necessária ampla dilação probatória para o cálculo da aposentadoria. O direito vindicado em mandado de segurança deve embasar-se em texto de lei em vigor. 4. Impossível a configuração de direito líquido e certo quando não existe prévia delimitação (comprovação) de sua extensão e quando é embasado em artigo de lei revogado. 5. Via eleita inadequada: correta a extinção do feito, sem resolução do mérito. O mandado de segurança não comporta dilação probatória. Recurso ordinário improvido.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 10.491/DF, Rel. Min. Humberto Martins, 1ª Seção, j. 28/02/2007, DJ 12/03/2007, p. 185. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2017: “[...] 6. Inviabilidade do mandado de segurança. Ausência de prova pré-constituída e de direito líquido e certo. Ressalvadas as vias ordinárias aos interessados. Segurança extinta sem resolução do mérito.

reconhece que o ato impugnado não foi praticado pela autoridade apontada pelo impetrante, mas por outra, e que, em razão disso, o referido tribunal é absolutamente incompetente para processar e julgar a demanda, deve remeter os autos ao juízo competente (art. 64, §3º, CPC). Nesta hipótese, “Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.” (art. 64, §4º, CPC).

Se, em um determinado caso concreto, o procedimento do mandado de segurança vier a ser convertido em procedimento comum, disciplinado pelo CPC, ou em outro procedimento especial, a exemplo daquele do *habeas data*, deve-se aplicar, por analogia, o art. 64, §4º, CPC. Assim, embora o processo continue a tramitar perante o mesmo juízo para onde foi distribuída a ação do mandado de segurança, os efeitos de decisão proferida no procedimento do *mandamus* serão conservados até que outra seja proferida, se for o caso, no procedimento adequado⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ A conversão do procedimento do mandado de segurança em procedimento adequado, em razão da falta de direito líquido e certo ou do decurso do prazo decadencial de 120 dias, já era defendida, na vigência do CPC/1973, por ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança**: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). 1. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 565-570: “Perspectiva interessante para se instituir no âmbito do procedimento especial do mandado de segurança é a possibilidade de conversão de rito (= fungibilidade), acaso o impetrante tenha escolhido indevidamente o procedimento especial do mandado de segurança. O juiz, ao invés de simplesmente extinguir o mandado de segurança, porque incabível, já que a prova da existência do direito é complexa, exigindo, por exemplo, perícia, determina a conversão para o rito processual adequado. Tratar-se-ia de extensão do procedimento especial do mandado de segurança de instituto que já existe no processo civil brasileiro, no âmbito do procedimento sumário do processo de conhecimento. O art. 275 do CPC contém o rol ou elenco das causas que seguem o rito sumário, e o art. 277, §§ 4º e 5º, CPC, prevê as hipóteses em que o juiz pode determinar a conversão do rito sumário em ordinário: a) quando decidir controversia sobre valor da causa e verificar que é superior ao limite legal para o procedimento sumário; b) quando apurar que a demanda não se enquadra no elenco das causas que podem trilhar o rito sumário; ou, ainda c) quando entender que a comprovação dos fatos exige prova técnica de maior complexidade. Em todas essas hipóteses, reitere-se, o CPC determina ao juiz, ao invés da extinção do rito sumário, porque incabível, a sua conversão para o rito ordinário. Prestigia-se plenamente, com a possibilidade da conversão, toda a principiologia do “justo processo”: aproveita-se a demanda já ajuizada e em curso, economizando tempo e recursos públicos, bem como energia até então empreendida pelo organismo judicial e pelas partes. E tudo isso sem se prejudicar o direito de defesa do réu, que o verá até mesmo ampliado em razão da maior extensão do rito ordinário. A mesma orientação poderia, com todas essas vantagens, ser aplicada no mandado de segurança: verificado, após as informações da autoridade coatora, que o caso não era de mandado de segurança, porque o fato alegado pelo impetrante, como base ou causa de pedir para seu direito, é complexo, no sentido de exigir ampla investigação probatória – como, v.g., perícia ou testemunhas – o juiz determina a conversão do rito especial em ordinário. Se o cidadão ‘erra’ o rito e escolhe indevidamente o mandado de segurança, a demanda poderia ser tranquilamente aproveitada, sem maiores prejuízos para quem quer que seja, com a conversão para o rito ordinário, ao invés de ser extinta sem julgamento do mérito, obrigando-se o cidadão a partir para ajuizamento de nova demanda, ou seja, iniciar tudo da estaca zero. Sem mencionar a possibilidade que acontece com frequência de o cidadão recorrer da decisão que extingue o mandado de segurança, prolongando a questão até o tribunal. Na perspectiva da conversão, o cidadão poderia chegar à conclusão de que o processo, seguindo seu curso, mesmo que seja pelo rito ordinário, levará a discussão a melhor termo do que ocorreria se fosse interposto recurso da decisão de extinção. Ganha, também, o Judiciário, porque aproveita as energias até então expendidas pelo juízo e pelas partes no processo que trilhou inicialmente o rito especial do mandado de segurança. Tudo isso em contexto de amplo atendimento da principiologia constitucional do justo processo e do direito material, direito administrativo, que hoje vê o cidadão ganhar centralidade nas constituições, a ponto de merecer, no direito brasileiro, instrumento especial de tutela (= mandado de segurança), em face de eventuais

ilegalidades administrativas. Se a ilegalidade ocorreu e o cidadão, erroneamente, optou pelo mandado de segurança, a melhor alternativa, constitucionalmente mais adequada, não é a extinção do processo sem julgamento de mérito, como ocorre hoje, mas sua conversão no rito ordinário. A conversão atua, não há dúvidas, na principiologia constitucional do justo processo, especialmente a vertente da efetividade do processo para realizar a tutela do direito material: deve-se flexibilizar a forma para permitir que o processo realize seu objetivo maior, que é a decisão do mérito da controvérsia, em tempo razoável, promovendo a pacificação social com a eliminação do litígio. A doutrina hoje deve envidar o máximo de esforço para que o processo não seja extinto anormalmente, em razão de questões formais, sem cumprir sua função de apreciação do litígio. Não se pode prestigiar a decisão de extinção sem julgamento de mérito, quando existe a saída, bastante razoável – já experimentada e em vigor no ordenamento processual brasileiro – no sentido da conversão do rito especial para o ordinário. No âmbito do mandado de segurança não se vê nenhum obstáculo intransponível para a conversão. Imagine-se a singela hipótese em que o impetrante utiliza o mandado de segurança para pleitear determinado direito que exige, por exemplo, complexa perícia médica para constatar a existência de determinada moléstia que permitiria sua passagem para a inatividade ou mudança de função ou transferência de local de trabalho, conforme previsto em lei. A Administração contesta a existência da doença e mostra que só mediante rigorosa perícia se poderia chegar a alguma conclusão. Se o juiz determina a conversão do rito especial do mandado de segurança para o rito ordinário, a fim de se promover a ampla instrução probatória, a causa de pedir e o pedido normalmente não se alteram: o bem da vida que se pretende e os fatos arguidos para justificar sua existência jurídica não mudam só pela conversão de rito. Da mesma forma, as teses de defesa, que combatem a existência do direito, em princípio não se alterariam. Não se vislumbra necessidade de mutação ou alteração dos contornos fáticos da demanda ou do pedido. Nem se fale em mudança de parte, que no mandado de segurança seria a autoridade coatora e na ação ordinária o Estado: a integração da autoridade coatora à lide traz consigo o Estado para o polo passivo (ente que sofre os efeitos jurídicos e fáticos da impetração), como, aliás, determina hoje a Lei 12.016, de 07.08.2009, a obrigatoria identificação da pessoa jurídica a que pertence a coatora (art. 7º, II). Logo, o polo passivo real do mandado de segurança é a pessoa jurídica a que pertence a coatora, figurando esta como uma espécie de entidade anômala de comunicação processual [...], que não tem nenhuma serventia no mandado de segurança a não ser complicar o processo em desfavor do impetrante. Por isso, outra mudança que se preconiza é supressão da figura da coatora: o polo passivo deve ser ocupado pelo Estado [...]. Poder-se-ia argumentar com a questão dos honorários de advogado: no mandado de segurança, a nova Lei 12.016, de 07.08.2009, dispõe expressamente no sentido do não-cabimento dos honorários. Não se vê maiores problemas no ponto dos honorários, que passam a ser cabíveis com a conversão para o rito ordinário e, mesmo sem pedido da parte, o juiz pode impor a condenação em honorários de advogado, matéria de ordem pública, processual, em que se admite imposição judicial de ofício (= sem pedido da parte). No caso do impetrante, se este não tem condições financeiras de arcar com o pagamento das custas da demanda em feito ordinário, abre-se-lhe a perspectiva da assistência judiciária que, hoje, segundo pacífico entendimento jurisprudencial, pode ser pleiteada em qualquer momento ou fase processual. Não se consegue visualizar qualquer obstáculo processual ou constitucional sério para não-aplicação, no mandado de segurança, do instituto da conversão para o rito ordinário, acaso constatada a inviabilidade ou impossibilidade da impetração do mandado de segurança, em moldes assemelhados ao que ocorre hoje no procedimento sumário (art. 277, §§ 4º e 5º, CPC). E, com a conversão, evidentemente, a tutela de urgência eventualmente deferida no mandado de segurança continuaria a valer plenamente na seara ordinária, que encampa atualmente a ampla possibilidade de deferimento das medidas de urgência adequadas para debelar a situação de perigo, tenham natureza cautelar ou de antecipação de tutela (arts. 273 e 461, § 3º, CPC, para antecipação de tutela, e arts. 273, § 7º, e 798, para a possibilidade de concessão de medidas cautelares incidentemente no próprio rito ordinário). A mesma possibilidade de conversão do rito especial do mandado de segurança para rito ordinário do processo de conhecimento também deve valer para a hipótese de utilização do mandado de segurança no lugar de habeas corpus ou habeas data. Aqui, a conversão seria ainda mais tranquila e defensável, pois se pode proclamar uma espécie de fungibilidade entre essas ações especiais, constitucionais, em razão da importância do objeto que buscam tutelar: a centralidade constitucional da proteção ao cidadão. Se a parte, por engano, impetrou mandado de segurança, quando o caso era de *habeas data* ou *habeas corpus*, ou vice-versa, dever-se-ia instituir uma espécie de fungibilidade entre tais remédios constitucionais de tutela das liberdades ou dos direitos fundamentais, evitando-se a denegação de tutela com base no argumento de escolha do remédio errado. Surgiria a fungibilidade entre os remédios constitucionais das liberdades ou direitos fundamentais, como importante técnica processual para garantir a efetividade da tutela jurisdicional ou a efetividade do processo, principalmente no âmbito dos direitos e garantias fundamentais. Se criaria mecanismo simples e concreto para atuar a instrumentalidade e efetividade do processo para atuar o direito material. Em suma: (i) tanto a possibilidade de conversão de rito, no procedimento especial do mandado de segurança, para vertê-lo para o ordinário, sem necessidade de extinção do processo, quando necessárias outras provas além da documental, na forma do que ocorre, hoje, em sede do procedimento sumário no CPC (art. 277, §§ 4º e 5º); (ii) como a fungibilidade entre as ações constitucionais do mandado de segurança, habeas data e

A classificação ternária, que divide as sentenças em meramente declaratórias, condenatórias e constitutivas, atende à exigência da homogeneidade, pois leva em conta um único dado: a natureza da crise verificada no plano do direito material⁵⁶⁵.

As características das chamadas sentenças mandamentais e executivas não são suficientes para criar sentenças essencialmente diversas, no plano processual, das meramente declaratórias, condenatórias e constitutivas. Tanto as que se dizem executivas quanto as que são denominadas mandamentais realizam a essência das condenatórias, isto é, declaram a situação jurídica dos litigantes e ordenam uma prestação de uma parte em favor da outra. A forma de realizar processualmente essa prestação, isto é, de executá-la, é que diverge. A diferença reside, pois, na execução e respectivo procedimento⁵⁶⁶.

As sentenças condenatórias mandamentais têm a “mesma estrutura lógico-substancial das condenatórias clássicas”, constituindo-se, “portanto, de um momento declaratório”, no qual “o direito do autor é reconhecido, e de um momento sancionador, que” orienta “a execução forçada. A sentença mandamental é título para a execução forçada (cumprimento de sentença), tanto quanto a condenação ordinária” sendo, portanto, “também uma condenação. A diferença está no conteúdo da sanção imposta em seu segundo momento, na qual se” intensifica “o fator comando, ou mandamento”. No ordamento jurídico positivo brasileiro “têm esse teor as sentenças concessivas de mandado de segurança e as que condenam” em “obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa certa, seja no sistema do Código de Processo Civil (arts. 497 e 499 a 501, CPC), seja do Código de Defesa do Consumidor (art. 84, Lei 8.078/1990)”. As sentenças mandamentais têm natureza condenatória em razão de “sua estrutura, função e eficácia”⁵⁶⁷.

habeas corpus, de modo a não admitir a extinção sem julgamento de mérito quando utilizado uma no lugar da outra, mas o aproveitamento da ação ajuizada, na técnica da fungibilidade; (iii) configuram-se como instrumentos ou técnicas processuais, no âmbito do mandado de segurança, para prestigiar o princípio do “justo processo”, quando impõe o modelo do processo efetivo, eficaz, para atuar o direito material, para se evitar, ao máximo, decisões que promovam a extinção do feito sem julgamento de mérito, por razões de ordem formal. A solução indicada, ao mesmo tempo, prestigia o princípio da proteção do cidadão, pois se utilizou o mandado de segurança em hipótese incabível, isso não significará a extinção do feito, mas sua remessa para as vias adequadas.”

⁵⁶⁵ José Roberto dos Santos Bedaque e Humberto Theodoro Júnior rejeitam a classificação quinária que divide as sentenças entre meramente declaratórias, condenatórias, constitutivas, mandamentais e executivas *lato sensu*, e preferem adotar a classificação ternária. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 565 e 567. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 470.

⁵⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 470.

⁵⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 293 e 296.

Encontra-se superada a posição doutrinária segundo a qual somente a sentença passível de execução forçada pode ser considerada condenatória⁵⁶⁸. Assim, não pode ser aceita a conclusão de que é inadmissível pedido de tutela condenatória relativa a direito material não passível de execução forçada⁵⁶⁹. Mesmo nos casos de obrigação infungível ou de tutela negativa, a tutela concedida ao autor visa à eliminação da crise de adimplemento. Entretanto, tendo em vista especificidades do direito material, não há como atuá-lo praticamente mediante atos de sub-rogação. Inadmissível, portanto, a imposição de sanção executiva. Esta é apenas uma das técnicas destinadas à realização prática de uma obrigação não cumprida; não a única. Se a inércia do devedor não pode ser substituída por atos materiais, deve ser buscada outra forma de eliminar seus efeitos. A efetivação da tutela mediante mecanismos diversos daqueles adotados na execução não altera a natureza da sentença. Ela é condenatória, pois a cognição tem por objeto crise de adimplemento⁵⁷⁰.

Para aceitar o fenômeno da efetivação da sentença condenatória por outros meios, diversos da tradicional execução por sub-rogação, basta compreender que as obrigações tem natureza diversa. O conteúdo da prestação pode ser, por exemplo, um fazer infungível cuja execução específica não se dá mediante a forma tradicional. Esta circunstância, todavia, não invalida a classificação ternária das sentenças, nem torna necessária qualquer inovação nesta sede. Determinada a espécie de obrigação descumprida, busca-se o meio mais adequado para, naquele caso, efetivar a tutela condenatória, eliminando a crise de adimplemento⁵⁷¹.

Também está superada a negação da natureza condenatória da sentença em que se reconhece o inadimplemento de obrigação de fazer infungível, porque não suscetível de

⁵⁶⁸ Enrico Tullio Liebman defende que ocorre “condenação, quando a sentença, além de declarar a certeza da existência do direito e o inadimplemento do demandado, condena-o a sofrer a sanção prevista pela lei [...]. A sentença de condenação tem, portanto, sempre eficácia de declaração de certeza do direito e além disso eficácia executiva, que é uma eficácia constitutiva de conteúdo processual [...]”. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. III. Tocantins: Intelectos, 2003, p. 154.

⁵⁶⁹ Em sentido contrário, Aldo Attardi entende que nos casos de obrigação infungível ou negativa a tutela seria meramente declaratória, pois o inadimplemento do dever reconhecido na sentença seria simples fonte do direito ao ressarcimento do dano: “*Se una norma stabilisca che una sentenza di condanna possa contenere disposizioni che prevedano una pena pecuniaria dell’obbligato in relazione al reiterarsi di atti di inadempimento, si dovrà ritenere che esso richieda non più dell’accertamento mero Del diritto fatto valere dell’attore perché Il giudice condanni l’obbligato medesimo ad una pena pecuniaria per ogni sua inadempienza*”. ATTARDI, Aldo. **Diritto Processuale Civile**. v. I. Padova: CEDAM, 1994, p. 101.

⁵⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 564-565.

⁵⁷¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 565.

execução forçada⁵⁷², pois, na medida em que se admitem formas de efetivação dessa sentença, quer mediante ordens acompanhadas de alguma sanção, quer por outro meio, ela adquire eficácia prática no plano material, conduzindo, tanto quanto qualquer outra da mesma natureza, à eliminação da crise de adimplemento⁵⁷³.

A tutela jurisdicional adequada deve ser encontrada levando em consideração a natureza da crise de direito material trazida a julgamento. Se o problema for de obrigação não cumprida, necessário saber qual a espécie: dar, fazer ou não fazer. A resposta a esta segunda indagação indicará a técnica a ser adotada para que a sentença condenatória produza os efeitos desejados no plano material. Se a prestação devida e não satisfeita tiver por objeto dinheiro ou outro bem fungível, o resultado prático pretendido poderá ser obtido pela sub-rogação, nada impedindo preveja o legislador a aplicação de medidas coercitivas – como multa, por exemplo⁵⁷⁴.

O elemento considerado pela doutrina na classificação das sentenças mandamentais e executivas constitui mera variação da técnica concebida para a realização prática da sentença condenatória. Na sentença executiva, ao invés do processo de execução autônomo, os atos satisfativos são praticados no próprio processo cognitivo, em fase posterior à sentença⁵⁷⁵.

⁵⁷² Calamandrei entende que a sentença em que se reconhece a o inadimplemento de obrigação de fazer infungível é meramente declaratória, pois seu único efeito prático é tornar certa a existência da obrigação, tornando-a indiscutível. O credor continuaria sujeito à vontade do devedor, pois o comando seria inexecutável. CALAMANDREI, Piero. “*La condena*” in *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1961, p. 562 apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.566.

⁵⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 566.

⁵⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 567.

⁵⁷⁵ Segundo BEDAQUE, José Roberto dos Santos Bedaque. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 562: “a peculiaridade das denominadas “sentenças executivas” reside na forma como é aplicada a sanção: não em processo executivo autônomo, mas em fase do processo cognitivo. Mas nem por isso elas perdem a natureza condenatória, pois, que, do ponto de vista substancial, têm como conteúdo a formulação da regra concreta para a solução da crise de direito material”. Cândido Rangel Dinamarco se manifesta no mesmo sentido, observando que: “Ao lado das sentenças mandamentais, também se implantou na doutrina brasileira a locução sentença executiva “*lato sensu*”, com a qual se designam algumas sentenças condenatórias suscetíveis de serem executadas no próprio processo em que são proferidas, independentemente de iniciativa do titular do direito. A primeira dessas características diluiu-se por completo a partir de quando todo o sistema executório deste país passou a reger-se pela unidade processual – a saber, a partir de quando se implantou o processo sincrético dividido em fases, em substituição ao clássico e universal dualismo representado por um processo de execução em seguida a um processo de conhecimento [...]. Perdura, porém, nas sentenças executivas *lato sensu* a eficácia peculiar de autorizar a execução de ofício. Elas são raras e excepcionais no sistema, só existindo na medida em que o direito positivo as institua especificamente – como nas ações de despejo, nas possessórias, nas desapropriações imobiliárias e poucas outras (v. lei n. 8.245, de 18.10.91, art. 65, -dec.-lei n. 3.365, de 21.6.41, art. 34). É muito estranha a denominação dada a essas sentenças, porque elas são autênticas sentenças condenatórias e, portanto, valem por título executivo como qualquer condenatória. A única

Determinadas obrigações também comportam a emissão de ordem pelo juiz, que determinará, na sentença mandamental, o adimplemento sob pena da imposição de determinada sanção. Com base nesta premissa, deve haver o aproveitamento do processo, não obstante inadequada a técnica adotada pelo autor ao formular o pedido de tutela destinada a eliminar o inadimplemento de obrigação de dar, fazer, não fazer ou pagar quantia. A questão pode ser examinada à luz do mandado de segurança, uma espécie de tutela mandamental típica⁵⁷⁶.

Se o autor impetra mandado de segurança, verificando o juiz já haver-se esgotado o prazo de 120 dias, é legítima a adaptação do procedimento à tutela adequada, para aproveitamento do processo. Da mesma forma, o juiz deve considerar irrelevante o erro de técnica, se dele não resultar prejuízo para os valores mais relevantes do sistema processual, ainda que somente verifique o equívoco na fase decisória do processo⁵⁷⁷.

Se um funcionário público ajuizar ação visando ao reconhecimento de direito negado pela Administração, obtendo, ao final, declaração de que seu direito existe, poderá, com a sentença meramente declaratória, postular administrativamente a vantagem reconhecida em sede jurisdicional. A situação relatada também comporta tutela condenatória, pois configura inadimplemento de obrigação de fazer. Nesse caso, o juiz condenará a pessoa jurídica de direito público a fazer constar o benefício no prontuário do servidor. Se preenchidos determinados requisitos, todavia, o funcionário tem à sua disposição a tutela mandamental. Deverá deduzir direito líquido e certo, no prazo de 120 dias a partir da lesão ou ameaça. Preenchidos esses requisitos, poderá valer-se de procedimento especial, dotado de determinadas especificidades destinadas a torná-lo mais efetivo e célere⁵⁷⁸.

Do ponto de vista dos resultados práticos no âmbito do direito material não há diferença entre a sentença condenatória e a sentença mandamental. Em ambos os casos, o administrador público está sujeito aos resultados do processo. As tutelas condenatória e mandamental são dotadas dos mesmos mecanismos de efetivação prática e podem dar ensejo

diferença é essa eficácia de dispensar a iniciativa de parte para que a execução tenha início. Na linguagem jurídica não há lugar para uma sentença executiva, e quem emprega essa expressão está pensando em sentença condenatória. Além disso, por que *lato sensu*? Qual seria a sentença executiva *stricto sensu* [...]?”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 243-244, 251, 296 e 297.

⁵⁷⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 572.

⁵⁷⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 572-573.

⁵⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 573.

às mesmas sanções processuais, administrativas e penais. O administrador não pode simplesmente recusar-se a cumprir a sentença condenatória. Em síntese, se o funcionário, porque já findo o prazo de 120 dias, propuser demanda condenatória, terá a sua disposição todos os mecanismos necessários para dotar de efetividade a sentença condenatória⁵⁷⁹.

"A denegação do mandado de segurança por falta de direito líquido e certo ou a sua extinção, quando impetrado perante tribunal superior, por indicação errônea da autoridade impetrada" ou quando excedido o prazo decadencial de 120 dias (art. 123, Lei 12.016/2009), sujeita "o autor aos riscos de uma nova demanda originária que pode estar definitivamente

⁵⁷⁹José Roberto dos Santos Bedaque relata que, em determinada apelação cível, em que atuou como relator, deixou de extinguir mandado de segurança, sem julgamento do mérito não obstante já ultrapassado o prazo legal para o impetrante valer-se dessa via especial. Observa que assim o fez atento à proposta de abrandar os rigores da técnica sem perder de vista os valores maiores do sistema e visando ao aproveitamento máximo do processo, considerado como simples método estatal de solução de controvérsias. Arguida a matéria em primeiro grau, o juiz houve por bem rejeitar a alegação e denegar a ordem. Assistia razão, todavia, à autoridade apontada como coatora e à pessoa jurídica de direito público. O mandado de segurança fora realmente impetrado após o prazo de 120 dias, contado do primeiro indeferimento do pedido formulado em sede administrativa. Mas, não obstante isso, o processo prosseguiu, com plena observância do contraditório. O procedimento não apresentou qualquer peculiaridade que o diferenciasse do comum, mesmo porque não fora concedida liminar. Aliás, a tutela de urgência não constitui mais especificidade de procedimentos especiais, podendo ser concedida liminarmente, no procedimento comum, com base no art. 273, CPC/1973. De qualquer modo, àquela altura, pouca diferença faria a ocorrência de alguma peculiaridade, pois o processo já se encontrava em sede recursal. Mas esgotado o prazo legal, a tutela mandamental tornou-se inadequada. Não obstante, o relator, José Roberto dos Santos Bedaque, respeitando os valores fundamentais do processo, reconheceu o direito material do impetrante, não importando se essa decisão proporcionaria a ele a utilização de meios de sub-rogação ou se era dotada de ordem, por considerar inexistente diferença ontológica entre tutela mandamental e condenatória. O resultado prático seria absolutamente idêntico, não sendo razoável extinguir aquele processo e admitir a propositura de outra demanda, o que implicaria a repetição de tudo, para se chegar ao mesmo resultado. Se a única diferença entre tais tutelas está na forma de efetivá-las, melhor aproveitar todos os atos já praticados, visto que o método desenvolvido – ainda que impróprio para a situação descrita – possibilitou o exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como permitiu visão completa da realidade jurídico-material sobre a qual incidiria o ato decisório. Para realizar praticamente o comando contido nesta sentença, bastava a expedição de ofício à autoridade responsável para que incluísse o benefício reconhecido pela decisão no prontuário do servidor. Essa determinação tem exatamente a mesma força daquela oriunda de sentença proferida em mandado de segurança. Os mecanismos porventura existentes e destinados a efetivar praticamente aquela tutela cognitiva são os mesmos. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 574-575. O voto do relator dispõe que: “[...] Não obstante tenha o apelante impetrado mandado de segurança depois de vencido o prazo de 120 dias, contado do primeiro indeferimento administrativo, a ausência de interesse-adequação revela-se irrelevante a esta altura. Como se trata de questão exclusivamente de direito, não há diferença entre modalidades de tutela – mandamental e declaratória – para o fim de fixação dos limites da controvérsia. Eventuais especificidades do procedimento previsto na lei especial já foram superadas. Uma delas, aliás, é a liminar, não concedida na situação em exame. No mais, não há distinção substancial entre os modelos processuais estabelecidos em lei para as duas modalidades de tutela. No caso, a autoridade coatora defendeu adequadamente o ato impugnado, deduzindo todos os argumentos jurídicos normalmente utilizados em situações análogas. Em sede recursal, a pessoa jurídica de direito público interveio, por procurador regularmente habilitado, oportunidade em que também justificou a legalidade do ato. Em síntese, não houve qualquer prejuízo ao contraditório. Os efeitos práticos de ambas as tutelas também são idênticos: o reconhecimento do direito à sexta-parte. Por tudo isso, a ausência de interesse processual quanto à tutela mandamental, pelo decurso do prazo de 120 dias, não constitui mais óbice ao julgamento do mérito. O reconhecimento da carência da ação nesta oportunidade não condiz com a natureza instrumental do processo. [...]”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 9050400-31.2001.8.26.0000 da Primeira Câmara de Direito Público de Férias, Rel.: Des. José Roberto dos Santos Bedaque, j. 27/07/2004, DJ 16/09/2004. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

impossibilitada, ou na qual todos os atos anteriores deverão ser renovados, com perda de tempo, repetição de despesas e resultados nem sempre equivalentes aos já alcançados no processo primitivo"⁵⁸⁰.

A Sentença 4109, de 22.02.2007, das Seções Unidas da Corte de Cassação italiana, tendo como relator o Conselheiro Francesco Trifone⁵⁸¹ e a Sentença 77/2007, de 05.03.2007, da Corte Constitucional italiana, de que foi relator o Prof. Romano Vaccarella⁵⁸², "chegaram à mesma conclusão", "com fundamentos semelhantes"⁵⁸³, "qual seja, de que a incompetência da

⁵⁸⁰ GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, p. 10-11, dez. 2008.

⁵⁸¹ ITÁLIA. *Corte Suprema di Cassazione. Sentenza 4109* das *Sezione Unite Civili*. Rel. Conselheiro Francesco Trifone, j. 22.02.2007. Disponível em: <<http://www.studiolegalelicciardello.it/sentenza4109-2007.php>>. Acesso em: 14/04/2014.

⁵⁸² ITÁLIA. *Corte Costituzionale. Sentenza 77/2007*. Rel. Romano Vaccarella, j. 05 mar. 2007. *Gazzetta Ufficiale* 14 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁵⁸³ A sentença da Corte Constitucional Italiana supramencionada dispôs em sua fundamentação: “5.– *Il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi – comprensibile in altri momenti storici quale retaggio della concezione cosiddetta patrimoniale del potere giurisdizionale e quale frutto della progressiva vanificazione dell’aspirazione del neo-costituito Stato unitario (legge sull’abolizione del contenzioso amministrativo) all’unità della giurisdizione, determinata dall’emergere di organi che si conquistavano competenze giurisdizionali – è certamente incompatibile, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali. Se è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all’epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l’art. 24 (ribadendolo con l’art. 111) all’intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi. Questa essendo la essenziale ragion d’essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale: ciò che indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti – per giunta innervantesi su un riparto delle loro competenze complesso ed articolato – è tale per cui l’erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l’errore del giudice in tema di giurisdizione) può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale. Una disciplina siffatta, in quanto potenzialmente lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale e comunque tale da incidere sulla sua effettività, è incompatibile con un principio fondamentale dell’ordinamento, il quale riconosce bensì la esistenza di una pluralità di giudici, ma la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta. Al principio per cui le disposizioni processuali non sono fine a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito, si ispira pressoché costantemente – nel regolare questioni di rito – il vigente codice di procedura civile, ed in particolare vi si ispira la disciplina che all’individuazione del giudice competente – volta ad assicurare, da un lato, il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale e, dall’altro lato, l’idoneità (nella valutazione del legislatore) a rendere la migliore decisione di merito – non sacrifica il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al “bene della vita” oggetto della loro contesa. Al medesimo principio gli artt. 24 e 111 Cost. impongono che si ispiri la disciplina dei rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi allorché una causa, instaurata presso un giudice, debba essere decisa, a seguito di declinatoria della giurisdizione, da altro giudice. 6.– Il rispetto dei confini del proprio ruolo nell’ordinamento impone a questa Corte di limitarsi a dichiarare l’illegittimità costituzionale della norma censurata nella parte in cui non prevede la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito, a seguito di declinatoria di giurisdizione, davanti al giudice munito di giurisdizione, ispirandosi essa, viceversa, al principio per cui la declinatoria della giurisdizione comporta l’esigenza di instaurare ex novo il giudizio senza che gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originariamente proposta si conservino nel nuovo giudizio; principio questo che, non formulato espressamente in una o più disposizioni di legge ma presupposto dall’intero sistema dei rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali e tra i giudici speciali, deve essere espunto, come tale, dall’ordinamento.* Tradução: 5.- O princípio da não comunicação de juízos pertencentes a diferentes ordens

justiça administrativa em relação à justiça comum ou desta em face daquela não mais deve ocasionar "a extinção dos processos" incorretamente ajuizados "perante uma delas, mas a sua remessa e continuação perante a outra", em um mesmo processo, conservados os efeitos processuais e substanciais produzidos diante do juízo original "que veio a ser declarado incompetente". Essas decisões foram tomadas em consequência do sério problema causado pela "Sentença 204/2004 da Corte Constitucional" italiana, "que, após cerca de quatro anos de pendência de" muitas lides "perante a justiça administrativa, veio a declarar inconstitucional dispositivo de lei do ano 2000 que estabeleceu a competência daquela justiça em matéria específica, o que", em razão "da proibição legal de remessa de" processos "de uma jurisdição

– compreensível em outros momentos históricos, como um legado da chamada concepção patrimonial do poder jurisdicional e como o resultado da anulação progressiva da aspiração do Estado unitário recém-formado à unidade da jurisdição (lei sobre a abolição do contencioso administrativo), determinada pelo surgimento de órgãos que conquistavam competências jurisdicionais – é certamente inconsistente, no presente momento, com os valores constitucionais fundamentais. Se é verdade que a Carta Constitucional, de fato, recepcionou, quanto à pluralidade de jurisdições, a situação existente à época, também é verdade que a mesma Carta, desde a origem, atribuiu ao inteiro sistema jurisdicional a função de assegurar a tutela, através do juízo, dos direitos subjetivos e dos interesses legítimos. Sendo esta a essencial razão de ser dos juízos, ordinários e especiais, a sua pluralidade não pode resultar em uma redução de sua efetividade, nem mesmo na anulação da proteção judicial: isso que indubitavelmente acontece quando a disciplina das suas relações – além disso, estende-se a uma repartição complexa e articulada das suas competências – é tal que a identificação errônea do juiz munido de jurisdição (ou o erro do juiz em tema de jurisdição) pode resultar em um prejuízo irreparável da possibilidade mesma de um exame de mérito da demanda de tutela jurisdicional. Uma tal disciplina, como potencialmente lesiva do direito à tutela jurisdicional e, em qualquer caso, suscetível de afetar a sua eficácia, é incompatível com um princípio fundamental do ordenamento, o qual reconhece, ao contrário, a existência de uma pluralidade de juízos, mas reconhece a fim de que seja assegurada, sobre a base de distintas competências, uma resposta mais adequada à demanda por justiça e não a fim de que seja comprometida a possibilidade mesma de que seja dada resposta a essa demanda. No princípio segundo o qual as normas processuais não são um fim em si mesmas, mas destinadas a melhorar a qualidade das decisões de mérito, se inspira quase constantemente – ao regular questões de rito – o vigente Código de Processo Civil e, em particular, nele se inspira a disciplina que ao individualizar o juízo competente – volta a assegurar, por um lado, o respeito à garantia constitucional do juiz natural e, por outro lado, a idoneidade (na avaliação do legislador) a proferir a melhor decisão de mérito – não sacrifica o direito das partes de obter uma resposta positiva ou negativa a respeito do “bem da vida” objeto da sua contenda. No mesmo princípio, os arts. 24 e 111 da Constituição impõem que se inspire a disciplina das relações entre juízos pertencentes a ordens diversas, quando uma causa, instaurada junto a um juízo, deva ser decidida em seguida de uma decisão declinatória da jurisdição de outro juízo. 6.- O respeito aos limites do próprio papel no ordenamento impõe a esta Corte limitar-se a declarar a ilegitimidade constitucional da norma censurada na parte e que não prevê a conservação dos efeitos da demanda no processo prosseguido, em seguida a decisão declinatória de jurisdição, diante do juiz munido de jurisdição, inspirando-se esta, vice-versa, no princípio pelo qual a declinatória da jurisdição comporta a exigência de instaurar ex novo o juízo sem que os efeitos substanciais e processuais produzidos pela demanda originariamente proposta se conservem no novo juízo; princípio este que, não formulado expressamente em uma ou mais disposições de lei, mas pressuposto do inteiro sistema de relações entre juízo ordinário e juízos especiais e entre os juízos especiais deve ser suprimido, como tal, do ordenamento jurídico”. (Tradução Nossa). A Sentença 4109, de 22.02.2007, das Seções Unidas da Corte de Cassação italiana, examinando as relações entre o juiz ordinário e o juiz da jurisdição administrativa, sustentou o entendimento de que o processo, na busca de uma sentença de mérito, para evitar obstáculos inúteis à tutela dos interesses dos litigantes e custos desnecessários aos órgãos do Estado, deve conservar os efeitos da demanda proposta perante o juiz carente de jurisdição e determinar a continuidade da causa perante o juiz apropriado. Invocando precedente da Corte Constitucional de que foi relator o grande processualista Virgilio Andrioli (Sentença 220/86), observou que esta já havia firmado que o justo processo não tem por escopo alcançar qualquer decisão, mas prover a apreciação do mérito, definindo quem tem ou não razão, não devendo exaurir-se simplesmente na apreciação dos pressupostos processuais. GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, p. 15, dez. 2008.

para" a outra, impossibilitou a tutela dos direitos "de todos aqueles" autores, tendo em vista o "decorso do prazo para ajuizamento de uma nova ação perante o juiz ordinário"⁵⁸⁴.

Pouco antes do proferimento das mencionadas decisões, Franco Cipriani defendia que tinha "chegado a hora de" o Direito italiano permitir a comunicação entre a jurisdição ordinária e a administrativa, tradicionalmente estanques, adotando a denominada *translatio iudicii*, "que poderia ser definida como a continuidade do processo iniciado no juízo incompetente (ou sem jurisdição, para os italianos) perante o juízo" adequado, com a preservação "de todos os efeitos produzidos pelos atos processuais praticados na primeira" etapa⁵⁸⁵.

O desenvolvimento alcançado "pelos tribunais italianos nas duas decisões de 2007 somente se tornou possível" em razão da "precisa compreensão que ambas, por linhas" argumentativas diversas, conferiram "ao direito de acesso à justiça, universalmente reconhecido"⁵⁸⁶.

O poder jurisdicional é distribuído entre os diferentes órgãos jurisdicionais, de maneira que determinados pedidos, relações jurídicas de direito material, ou litígios só "podem ser apreciados por" certos magistrados, nunca por outros, bem como determinados tipos de decisão judicial somente podem ser alcançados por meio de certos procedimentos, e não através de outros⁵⁸⁷.

O poder jurisdicional é "único e pertence ao Estado e os magistrados não podem disputar "entre si o poder de julgar, como se este" fizesse parte de "seus patrimônios privados", já que são órgãos do Estado. A distribuição de competências entre os diversos juízes tem por principal objetivo a racionalização da atividade jurisdicional e a facilitação do acesso à justiça pelas pessoas, "não podendo ser desvirtuada para se transformar em" obstáculo "à tutela jurisdicional efetiva dos direitos e negação da própria promessa do Estado de Direito de assegurá-la"⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, p. 10, dez. 2008.

⁵⁸⁵ CIPRIANI, Franco. *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii, Il processo civile nello Stato democratico – Saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 180-181 apud GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii e reassunção do processo*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, p. 10, dez. 2008.

⁵⁸⁶ GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii e reassunção do processo*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, p. 10, dez. 2008.

⁵⁸⁷ GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p. 11.

⁵⁸⁸ GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p. 11.

A criação de ramos especializados do Poder Judiciário "ou de procedimentos mais" rápidos não pode criar "microssistemas herméticos e estanques" na administração da atividade judiciária. "A unidade da jurisdição exige que todos os" juízos trabalhem para garantir que a "tutela jurisdicional dos direitos" tenha máxima eficácia, cooperando "uns com os outros para que a jurisdição" seja exercida de maneira legítima e com a maior vantagem "possível para os jurisdicionados", já que todos os juízos detêm o "poder jurisdicional do Estado e, por" tal razão, são totalmente capazes de praticar "com eficácia todos aqueles atos processuais que não dizem respeito à esfera específica de competência de cada um, mas que são comuns a todos eles"⁵⁸⁹.

A continuidade do feito, diante de outro órgão jurisdicional pertencente à mesma jurisdição, após a declaração de incompetência, foi consagrada pelo art. 50 do *codice di procedura civile* italiano através do instituto da "*riassunzione della causa*"⁵⁹⁰. Já a continuação do processo, perante juízo pertencente a outra jurisdição, foi disciplinada pelo art. 11 do *codice del processo amministrativo* italiano⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p. 12. Consequência da unidade da jurisdição é que em comarcas do interior do Brasil onde o único órgão jurisdicional instalado é um juízo de Direito, este exerce todas as competências inerentes à primeira instância, inclusive aquelas que normalmente caberiam ao juízo federal ou ao juízo do trabalho. Neste sentido, o art. 109, §3º, CRFB/1988 dispõe que: "Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual". Consequentemente, nenhum procedimento especial será vedado ao referido juízo de Direito, sendo este competente para utilizá-lo sempre que a lide o exigir.

⁵⁹⁰ GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p. 12. O art. 50 CPC italiano dispõe: "Art. 50. (*Riassunzione della causa*) *Se la riassunzione della causa davanti al giudice dichiarato competente avviene nel termine fissato nella ordinanza dal giudice e, in mancanza, in quello di tre mesi dalla comunicazione dell'ordinanza di regolamento o dell'ordinanza che dichiara l'incompetenza del giudice adito il processo continua davanti al nuovo giudice. Se la riassunzione non avviene nei termini su indicati, il processo si estingue*". ITÁLIA. *Codice di procedura civile*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33724>>. Acesso em: 14 abr. 2014. Tradução: "Art. 50. (Reassunção da causa) Se a reassunção do processo diante do juiz declarado competente acontecer no termo fixado na decisão do juiz e, em falta, naquele de três meses da comunicação da decisão de regulamento ou da decisão que declara a incompetência do juiz a que se recorreu, o processo continua diante do novo juiz. Se a reassunção não ocorre nos prazos indicados acima, o processo é extinto." (Tradução nossa).

⁵⁹¹ "Art. 11. *Decisione sulle questioni di giurisdizione*. 1. *Il giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica, se esistente, il giudice nazionale che ne è fornito*. 2. *Quando la giurisdizione è declinata dal giudice amministrativo in favore di altro giudice nazionale o viceversa, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo è riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione, entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato*. 3. *Quando il giudizio è tempestivamente riproposto davanti al giudice amministrativo, quest'ultimo, alla prima udienza, può sollevare anche d'ufficio il conflitto di giurisdizione*. 4. *Se in una controversia introdotta davanti ad altro giudice le Sezioni Unite della Corte di cassazione, investite della questione di giurisdizione, attribuiscono quest'ultima al giudice amministrativo, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda, se il giudizio è riproposto dalla parte che vi ha interesse nel termine di tre mesi dalla pubblicazione della decisione delle Sezioni Unite*. 5. *Nei giudizi riproposti, il giudice, con riguardo alle preclusioni e decadenze intervenute, può concedere la rimessione in termini per errore scusabile ove ne ricorrano i presupposti*. 6. *Nel giudizio*

No Brasil, o art. 64, §4º, CPC determina que “Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”. Essa regra decorre da unidade da jurisdição⁵⁹² e se aplica "tanto à competência absoluta quanto à relativa"⁵⁹³.

Somente as decisões definitivas sobre a relação jurídica substancial serão nulas e deverão ser renovadas no juízo competente. Todos os atos decisórios sobre questões processuais, acerca de matéria probatória, bem "como as decisões provisórias sobre o direito material serão" conservadas., o juiz declarará os atos atingidos pela original inadequação do procedimento ou incompetência, no despacho no qual vier a determinar a continuação do processo, em cumprimento do art. 282, CPC⁵⁹⁴.

riproposto davanti al giudice amministrativo, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova. 7. Le misure cautelari perdono la loro efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice che le ha emanate. Le parti possono riproporre le domande cautelari al giudice munito di giurisdizione". ITÁLIA. *Codice del processo amministrativo.* Disponível em: <http://www.giustizia-amministrativa.it/codice_processo_ammvo/testo_codice.htm>. Acesso em: 21 abr. 2014. Tradução: “Art.11. Decisão sobre as questões de jurisdição. 1. O juízo administrativo, quando declina da própria jurisdição, indica, se existente, o juízo nacional competente. 2. Quando o juízo administrativo declina da jurisdição em favor de outro juízo nacional e vice-versa, são mantidas as preclusões e decadências ocorridas e são aproveitados os efeitos processuais e substanciais da demanda se o processo for reproposto diante do juiz indicado no pronunciamento de declínio da jurisdição, dentro do prazo peremptório de três meses do seu trânsito em julgado. 3. Quando a ação é tempestivamente reproposta diante do juízo administrativo, este último, na primeira audiência, pode levantar, mesmo de ofício, o conflito de jurisdição. 4. Se, em uma controvérsia introduzida diante de um outro juízo, as Seções Unidas da Corte de Cassação, investidas da questão de jurisdição, atribuem esta última ao juiz administrativo, são mantidas as preclusões e decadências ocorridas e são aproveitados os efeitos processuais e substanciais da demanda, se a ação é reproposta pela parte interessada, dentro do prazo de três meses da publicação da decisão das Seções Unidas. 5. Nas ações repropostas, o juízo, respeitando as preclusões e decadências, pode conceder a devolução dos prazos processuais por erro escusável quando estiverem presentes os seus pressupostos. 6. Na ação reproposta diante do juízo administrativo, as provas colhidas diante do juízo privado de jurisdição podem ser valoradas como argumentos de prova. 7. As medidas cautelares perdem a sua eficácia trinta dias depois da publicação do provimento que declara a falta de jurisdição do juízo que a emanou. As partes podem repropor as demandas cautelares no juízo munido de jurisdição”. (Tradução nossa). O art. 37 do *codice del processo amministrativo* italiano também dispõe sobre o instituto da *rimessione in termini* (devolução dos prazos processuais) nos seguintes termos: “37. *Errore scusabile*. 1. *Il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto*”. Tradução: “37. Erro escusável. 1. O juiz pode dispor, também de ofício, sobre a devolução dos prazos processuais por erro escusável em presença de objetivas razões de incerteza sobre questões de direito ou de grave impedimento de fato”. (Tradução nossa).

⁵⁹² GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, p. 12, dez. 2008.

⁵⁹³ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). Enunciados do FPPC. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 03 set. 2017. Enunciado n.º 238: "O aproveitamento dos efeitos de decisão proferida por juízo incompetente aplica-se tanto à competência absoluta quanto à relativa". Cf. ainda, arts. 64, *caput* e §4º, CPC.

⁵⁹⁴ GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, p. 26, dez. 2008.

O art. 50 CPC italiano e o art. 64, §3º, CPC, devem ser interpretados "no sentido de que, pelo menos" dentro de certos limites, o processo constituído no órgão jurisdicional original incompetente é idôneo a desencadear a prática de atividades que formarão como um todo a relação processual justa por meio da qual "o Estado exercerá a função jurisdicional de tutela do direito material"⁵⁹⁵.

O processo não atinge seu fim de tutelar as situações jurídicas de vantagem protegidas pelo ordenamento quando é extinto sem julgamento do mérito. Por tal razão, "o sistema processual deve favorecer os" julgamentos "de mérito e não" intensificar condições e requisitos "prévios que dificultem o acesso à tutela do direito material"⁵⁹⁶.

A não comunicação de procedimentos e de jurisdições causa uma inaceitável diminuição da efetividade da tutela jurisdicional, violando a garantia do acesso à ordem jurídica justa⁵⁹⁷ (art. 5º, XXXV, CRFB/1988), bem como a garantia da duração razoável do processo, inscrita no art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988.

Se todos os órgãos jurisdicionais titularizam o mesmo poder jurisdicional, a garantia de acesso ao direito reclama o maior "aproveitamento possível dos atos praticados pelo" juízo incompetente diante daquele competente, assim "como dos atos do procedimento inadequado no procedimento adequado", conservando-se os "efeitos de direito processual e de direito material dos atos do procedimento original ou do órgão jurisdicional viciado, servindo de forma útil à mais completa "e efetiva tutela do direito material" dos litigantes"⁵⁹⁸.

A CRFB/1988 consagra os mesmos direitos e garantias invocados pelas Seções Unidas da Corte de Cassação italiana e pela Corte Constitucional italiana para justificar a *translatio iudicii*, nas sentenças supramencionadas. Em um Estado de Direito baseado na primazia da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/1988), a ampla garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988) deve poder ser exercida com eficácia concreta (art. 5º, § 1º, da CRFB/1988), o que apenas se verificará caso o Direito Processual seja idôneo a tornar viáveis "os meios necessários a assegurar a celeridade da tramitação do processo e a sua duração razoável" (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/1988). O conteúdo da garantia do acesso à justiça e

⁵⁹⁵ GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p 12.

⁵⁹⁶ GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p 12-13.

⁵⁹⁷ WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna, In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-129.

⁵⁹⁸ GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, p. 14, dez. 2008.

das normas que dela necessariamente decorrem tem abrangência universal, já que decorre "dos fundamentos do Estado Democrático Contemporâneo, consagrados pelas "diversas Constituições do 2.º Pós-Guerra e dos tratados internacionais de direitos humanos, alguns ratificados e em vigor no Brasil, como o" Pacto de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas⁵⁹⁹ e a Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁰⁰.

O formalismo excessivo "do procedimento, ainda muito arraigado na nossa tradição ibérica, conduz a extinção de muitos feitos sejam extintos sem resolução do mérito em razão da inadequação do procedimento escolhido, óbice que, de um modo geral, o demandante "não podia prever ou evitar, como, por exemplo, na denegação do mandado de segurança por falta de direito líquido e certo"⁶⁰¹.

A boa-fé dos sujeitos processuais e a dúvida objetiva quanto à adequação do procedimento ou quanto à competência do juízo não são pressupostos para a continuação, pelo procedimento comum, do processo iniciado pelo procedimento especial do mandado de segurança, já que a má-fé processual da parte ou do juízo não deve ser punida com o retardamento ou com a ausência de tutela do direito material da parte que tem razão. A má-fé processual deve ser sancionada pelos meios adequados, previstos em lei, como a multa por litigância de má-fé e a responsabilidade civil (art. 81, CPC)⁶⁰².

O art. 50, do CPC italiano dispõe que, em caso de incompetência, a retomada do curso do feito diante do órgão jurisdicional competente dependerá da "iniciativa da parte em

⁵⁹⁹ Cf. art. 14 do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas.

⁶⁰⁰ Cf. art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos. GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p. 16-17.

⁶⁰¹ GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, p. 17, dez. 2008.

⁶⁰² Em sentido contrário, GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, p. 18-19, dez. 2008: "A continuidade do processo iniciado perante juízo incompetente ou através de procedimento inadequado está condicionada à boa-fé do autor, já que a preservação dos seus efeitos processuais e substanciais não pode constituir um prêmio para o litigante que deliberadamente procurou juízo incompetente ou adotou procedimento impróprio. Da mesma forma, o juiz não pode sabidamente usurpar a competência de outro órgão jurisdicional, proferindo decisão que o juízo competente não poderia proferir, ou utilizar de má-fé procedimento inadequado para adotar provimento que não poderia adotar no procedimento adequado. A continuidade do processo somente poderá ocorrer quando o erro quanto ao juízo competente ou quanto ao procedimento adequado for escusável, devendo, portanto, haver dúvida objetiva, isto é, divergência na doutrina e na jurisprudência, sobre a competência do juízo ou sobre a adequação do procedimento. A preservação de efeitos, nesses casos, somente independe da boa-fé se os atos da fase inicial puderem ser objetivamente aproveitados na fase sucessiva, sem qualquer prejuízo e que essa possibilidade também pode ocorrer nas hipóteses em que simultaneamente há vício de incompetência e inadequação do procedimento. O réu se beneficia da boa-fé para a preservação dos efeitos processuais e substanciais do processo defeituoso, com uma extensão mais ampla, ainda que convicto da incompetência ou da inadequação do procedimento, desde que tenha alegado o vício na primeira oportunidade que teve para falar nos autos (arts. 113, § 1.º, e 267, § 3.º, CPC)".

determinado prazo, sob pena de extinção, após a qual" a ação "deverá ser reproposta"⁶⁰³. Como no Brasil o processo começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial (art. 2º, CPC), o juízo incompetente deve declinar da competência em favor do juízo competente, de ofício, cabendo a este determinar a continuidade do processo, também de ofício. Por outro lado, verificando a impropriedade do procedimento apontado pelo autor em sua petição inicial, o juiz deve determinar que o demandante emende sua exordial para adequá-la ao procedimento apropriado, sob pena de extinção do processo (arts. 321 e 351 e 352, CPC).

O juízo competente deverá declarar, na decisão que determinar o prosseguimento do feito, quais atos praticados no juízo incompetente são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados (art. 282, CPC)⁶⁰⁴.

Se já saneado o processo no juízo ou no procedimento primitivo, a emenda da petição inicial não poderá modificar o pedido ou a causa de pedir, mas, tão somente, proceder a "ajustes terminológicos e procedimentais indispensáveis" (art. 329, II, CPC)⁶⁰⁵.

Caso o Tribunal entenda que a autoridade impetrada, titular do foro por prerrogativa de função, não é a verdadeira responsável pelo ato, deve determinar que o impetrante emende a petição inicial de modo a indicar a autoridade coatora correta⁶⁰⁶, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito por ilegitimidade passiva (art. 485, IV, CPC), isso porque a Lei 12.016/2009 instituiu um litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica de direito público interno e a autoridade coatora (arts. 6º, caput; 7º, inc. I e II; e 13, caput; Lei 12.016/2009).

Em caso de inadequação do procedimento escolhido, será necessário averiguar em quais pontos substanciais este se diferencia do procedimento próprio, já que apenas os atos necessários à sua adequação ao novel rito terão de ser repetidos ou praticados pela primeira vez. Aliás, no ordenamento brasileiro, a princípio, o próprio legislador reconhece que a inadequação do procedimento não é razão para a extinção do feito, mas de continuação do mesmo de acordo com o procedimento adequado⁶⁰⁷. Na pura inadequação do procedimento, a

⁶⁰³ GRECO. Leonardo. *Ibid.*, p. 20.

⁶⁰⁴ GRECO. Leonardo. *Ibid.*, p. 20.

⁶⁰⁵ GRECO. Leonardo. *Ibid.*, p. 20.

⁶⁰⁶ Cf. GRECO. Leonardo. *Ibid.*, p. 21.

⁶⁰⁷ Cf. arts. 295, V, e 277, §§ 4º e 5º, CPC/1973.

conservação da validade e da eficácia dos atos judiciais e das partes, tanto em matéria de direito material como processual, deve ser verificada na sua correspondência "com a possibilidade de seu aproveitamento no procedimento" próprio⁶⁰⁸.

A caducidade das liminares ou decisões interlocutórias que concedem a tutela provisória antecipada (satisfativa) ou cautelar é uma das consequências mais nefastas da extinção do processo por inadequação do procedimento (art. 309, III, CPC)⁶⁰⁹. A adoção da reassunção do processo resolve esse problema por completo, já que o processo principal não é extinto. Na hipótese de modificação do procedimento diante do mesmo órgão jurisdicional, os efeitos da tutela provisória ficam preservados até a superveniência da decisão definitiva da causa ou até que esta seja reformada no decurso do novel procedimento⁶¹⁰. No caso de alteração do juízo, a decisão que antecipou a tutela ou que deferiu a medida cautelar continuará produzindo efeitos até que o juízo competente profira decisão confirmando-a, cassando-a ou substituindo-a por outra medida.

Em todo caso, não se deve fazer distinção entre a medida de urgência que tutela tão somente o processo e aquela que tutela o próprio direito material⁶¹¹.

Mesmo naqueles casos nos quais o processo principal é extinto, como nas hipóteses de extinção sem resolução do mérito por falta de algum outro pressuposto processual, de carência de ação, ou de sentença de improcedência, a preservação dos efeitos da tutela provisória deverá ser verificada "na instância recursal subsequente ou de nova" ação que vier a ser proposta no prazo de trinta dias da sentença de extinção. Se na nova postulação, ou no juízo de admissibilidade do recurso "o órgão jurisdicional competente verificar a concorrência dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* em relação à" novel demanda, os efeitos da tutela provisória precedente deverão ser preservados. A efetiva tutela jurisdicional nesses novéis "juízos não poderá ser sacrificada pela caducidade da medida cautelar ou da tutela antecipada, que não pode ser automática". O art. 304, CPC estabelece a estabilização da tutela provisória de urgência de natureza antecipada, com a conservação de seus efeitos, caso o processo em que esta foi concedida venha a ser extinto sem que tenha sido interposto recurso contra a decisão que a concedeu. O art. 309, III, CPC, por sua vez, "deve ser aplicado

⁶⁰⁸ GRECO, Leonardo. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, p. 23, dez. 2008.

⁶⁰⁹ GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p. 25.

⁶¹⁰ GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p. 25.

⁶¹¹ GRECO, Leonardo. *Ibid.*, p. 25.

apenas às situações em que não haja recurso contra a extinção do processo principal, nem propositura de nova demanda, ou em que nessas novas instâncias não se caracterizem os requisitos necessários" à tutela de urgência. Já "o parágrafo único do mesmo artigo deve ser interpretado no sentido de que a renovação da tutela cautelar somente é obstada naqueles casos em que os requisitos desse tipo de tutela jurisdicional não estejam mais presentes⁶¹².

O Direito Processual Civil inglês e galês traz outro interessante exemplo de *translatio iudicii*. As *Civil Procedure Rules* para a Inglaterra e o País de Gales consagram a fungibilidade entre os remédios da *judicial review*, que exigem procedimento especial⁶¹³, e a ação ordinária⁶¹⁴. A corte tem poder para determinar que uma ação ajuizada pelo procedimento especial da *judicial review*, prossiga como ação ordinária caso considere ser esta mais apropriada. Entretanto, o órgão jurisdicional pode ficar relutante em determinar este tipo de transferência se a ação não identifica de forma apropriada o direito de ação de Direito Privado em que se baseia e, nestas circunstâncias, pode determinar que o requerente inicie uma ação ordinária nova⁶¹⁵. Da mesma forma, a corte pode ficar relutante em determinar a transferência da ação se esta é manifestamente improcedente⁶¹⁶.

⁶¹² GRECO, Leonardo. *Ibid*, p. 25.

⁶¹³ A Parte 54 das *Civil Procedure Rules* para a Inglaterra e o País de Gales trata do procedimento especial da *Judicial Review* dos atos administrativos.

⁶¹⁴ A CPR 54.20 dispõe: “*Transfer. 54.20 The court may (a) order a claim to continue as if it had not been started under this Section; and (b) where it does so, give directions about the future management of the claim. (Part 30 (transfer) applies to transfers to and from the Administrative Court)*”. INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *Civil Procedure Rules*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>>. Acesso em: 20 jul. 2014. Tradução: “Transferência. 54.20 A corte pode (a) determinar que uma ação continue como se ela não tivesse sido iniciada sob esta Seção; e (b) quando isto ocorrer, estabelecer diretivas sobre a futura administração do processo. (A Parte 30 (transferência) se aplica às transferências para e da Corte Administrativa)”. (Tradução nossa).

⁶¹⁵ Cf. INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *England and Wales Court of Appeal. R (on the application of West) v Lloyd's of London* EWCA Civ 506 [2004] 3 All ER 251, § 41, per Brooke LJ. Disponível em: <<http://www.uniset.ca/lloyddata/css/20043AER251.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2014: “[41] Finally, while I would usually be keen to transfer proceedings wrongly started as CPR Pt 54 proceedings to the division of the court which handles private law actions of the relevant type, or to retain in the Administrative Court cases that might appropriately be retained there, I do not consider it to be practicable to take either of these courses in the present case. If Dr West wished to pursue a private law remedy against Lloyds, those proceedings properly belong to the Chancery Division, and he must entirely reshape his case so as to identify the private law causes of action on which he intends to rely. Amendment simply is not practical here: he will have to begin again, if so advised”. Tradução: “[41] Finalmente, enquanto eu normalmente ficaria entusiasmado em transferir uma ação erradamente iniciada pelo procedimento da Parte 54 das CPR para a divisão da corte que lida com ações de direito privado do tipo relevante, ou a reter na Corte Administrativa casos que deveriam apropriadamente ser retidos lá, eu não considero praticável tomar nenhum desses caminhos no caso presente. Se o Dr. West desejasse perseguir um remédio de Direito Privado contra Lloyds, esse procedimento propriamente pertencem à *Chancery Division*, e ele deve reformar inteiramente seu caso para identificar as causas de ação de direito privado em que ele pretende se basear. A emenda simplesmente não é praticável aqui: ele terá que começar de novo, se assim for aconselhado. (Tradução nossa). Em relação à regra anterior equivalente nas antigas *Rules of the Supreme Court*, INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *England and Wales Court of Appeal. Regina v East Berkshire Health*

O ajuizamento de uma ação ordinária, quando já expirado o prazo para o ajuizamento da ação adequada de *judicial review* é considerado abuso do processo. Neste caso, a corte provavelmente extinguirá o processo sem julgamento do mérito e o requerente não poderá renovar o pedido por meio do procedimento especial da *Judicial Review*⁶¹⁷.

As ações podem ser transferidas da Corte Administrativa para a Divisão Queen's Bench, com ou sem lista de jurados, ou para outras divisões da High Court, ou para uma corte municipal⁶¹⁸. Uma ação também pode ser transferida da Corte Administrativa para uma corte municipal⁶¹⁹.

A transferência de uma ação para fora da Corte Administrativa provavelmente será ordenada na fase de permissão, onde a ação, embora tenha sido ajuizada sob a forma de uma ação de *Judicial Review* deveria mais apropriadamente ser continuada como uma ação ordinária. Entretanto, isso nem sempre ocorrerá. Por exemplo, pode haver uma razão particular pela qual uma ação ordinária possa, não obstante, permanecer na Corte Administrativa sem que seja preciso cumprir nenhum dos atos processuais que uma ação ordinária geralmente tem que seguir⁶²⁰.

Uma ação também pode ser transferida para fora da Corte Administrativa depois que todas as questões de direito público levantadas tenham sido resolvidas em uma audiência substantiva, restando não julgada somente uma ação por danos que possa ser mais apropriadamente solucionada como uma ação ordinária de Direito Privado⁶²¹.

Authority, ex parte Walsh [1984] EWCA Civ 6, [1985] QB 152, CA, 166 por Sir Jonh Donaldson MR, 173 por May LJ. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1984/6.html>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

⁶¹⁶ AUBURN, Jonathan; MOFFETT, Jonathan; SHARLAND, Andrew. *Judicial Review: Principles and Procedure*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 518-519.

⁶¹⁷ AUBURN, Jonathan et al. Op. cit., p. 519.

⁶¹⁸ Cf. CPR 30.5. A Parte 30 das *Civil Procedure Rules* é aplicada às transferências para e da Corte Administrativa em razão do disposto na CPR 54.20.

⁶¹⁹ Cf. *County Court Act* 1984, s 40. A CPR 30.3 traz os critérios que a corte deve observar ao decidir se uma transferência deste tipo deve ser feita. AUBURN, Jonathan et al. Op. cit., p. 637.

⁶²⁰ INGLATERRA E PAÍS DE GALES. High Court. *Queen on the Application of Oxford Study Centre Ltd v British Council* [2001] EWHC 207 (Admin), [2001] ELR 803, §§ 19-20 por Collins J. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2001/207.html>>. Acesso em: 25 jul. 2014. A corte decidiu que a decisão contestada não era adequada à *judicial review*, mas acabou por decidir a causa com base em inadimplemento contratual. AUBURN, Jonathan et al. Op. cit., p. 637.

⁶²¹ AUBURN, Jonathan et al. Op. cit., p. 637.

As *Civil Procedure Rules* para a Inglaterra e o País de Gales preveem que uma ação ordinária pode ser transferida para o procedimento especial da *judicial review*⁶²². Dessa forma, se uma ação ordinária não constituiu um abuso do processo, mas seria mais apropriado para esta prosseguir como um pedido para a *judicial review*, a corte pode se inclinar a emitir uma ordem nesse sentido se fazê-lo estiver de acordo com o objetivo prioritário das *Civil Procedure Rules*⁶²³. Em todo caso, a permissão da corte administrativa ainda será requerida para dar prosseguimento a uma ação transferida desta forma para o procedimento especial da *judicial review*⁶²⁴.

As ações podem ser transferidas para a Corte Administrativa da Divisão Queen's Bench, com ou sem lista de jurados, ou de outras divisões da High Court, ou de uma corte municipal⁶²⁵. Ao decidir se uma ação é apropriada a ser transferida para a Corte

⁶²² Cf. CPR 30.5 como aplicada pela CPR 54.20. AUBURN, Jonathan et al. *Ibid.*, p. 519.

⁶²³ O objetivo prioritário das *Civil Procedure Rules* pode ser encontrado na regra 1.1 que dispõe: “1.1 (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable – (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate – (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; (e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and (f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders. Tradução: 1.1 (1) Essas normas são um novo código de processo com o objetivo prioritário de capacitar a corte a lidar com os casos de forma justa e com custo proporcional. (2) Lidar com um caso de forma justa e com custo proporcional inclui, tanto quanto possível – (a) assegurando que as partes estejam em condições de igualdade; (b) poupando despesas; (c) lidando com o caso de modos que sejam proporcionais – (i) à quantia de dinheiro envolvida; (ii) à importância do caso; (iii) à complexidade das questões; e (iv) à posição financeira de cada parte; (d) assegurando que ele seja tratado de forma expedita e justa; (e) alocando para este uma apropriada parte dos recursos da corte, levando em consideração, ao mesmo tempo, a necessidade de alocar recursos para outros casos; e (f) exigindo o cumprimento de normas, diretivas de prática e ordens. (Tradução nossa). Interessante notar que a CPR 1.2 dispõe que: “1.2 The court must seek to give effect to the overriding objective when it – (a) exercises any power given to it by the Rules; [...]”. Tradução: “1.2 A corte deve buscar dar efeito ao objetivo prioritário quando ela – (a) exerce qualquer poder conferido a si pelas Regras; [...]”. (tradução nossa). INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *Civil Procedure Rules*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>>. Acesso em: 20 jul. 2014. Para um exemplo da flexibilidade que as cortes podem mostrar ao considerarem se um caso deve ser processado de acordo com a Parte 54 das CPR, cf. INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *England and Wales High Court. Giltane v Child Support Agency* [2006] EWHC 423 (Fam), [2006] 2 FLR 857, §§ 11-14 por Munby J. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2006/423.html>> e em: <<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed570>>. Acesso em: 23 jul. 2014. Note-se, contudo, que este caso envolveu um recurso que a *High Court* não tinha competência para julgar ao invés de uma ação ordinária.

⁶²⁴ a CPR 54.4 dispõe: “54.4 *The court's permission to proceed is required in a claim for judicial review whether started under this Section or transferred to the Administrative Court*”. INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *Civil Procedure Rules*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>>. Acesso em: 20 jul. 2014. Tradução: “54.4 A permissão da corte para proceder é requerida em uma ação de *judicial review* se iniciada de acordo com esta Seção ou transferida para a Corte Administrativa”. (Tradução nossa).

⁶²⁵ County Courts Act 1984, s. 42.

Administrativa, a corte considerará se esta levanta questões de Direito Público a que a Parte 54 das CPR deveria ser aplicada⁶²⁶.

O Direito Processual Civil inglês e galês também consagra a fungibilidade entre os remédios da *judicial review*: o requerente bem sucedido em demonstrar a antijuridicidade da ação administrativa, tem direito a um provimento jurisdicional que assegure seu direito material. A corte, entretanto, tem discricionariedade – no sentido de fazer o que é adequado e justo no caso particular – para conceder um remédio em sua totalidade ou uma declaração ao invés da ordem ou injunção proibitória, mandatória ou de cancelamento, mais coercitiva, pedida pelo requerente. Tem, ainda, discricionariedade para garantir liberação de apenas um aspecto da decisão impugnada, mas não dos outros⁶²⁷.

O Direito Processual Civil da Irlanda do Norte também consagrou o instituto da *translatio iudicii*⁶²⁸. A regra da exclusividade de procedimento introduzida em *O'Reilly v Mackman*⁶²⁹ teve por objetivo consolidar uma divisão público/privado de acordo com a qual direitos subjetivos públicos somente poderiam ser defendidos por meio de procedimentos de

⁶²⁶ “14.2 In deciding whether a claim is suitable for transfer to the Administrative Court, the court will consider whether it raises issues of public law to which Part 54 should apply”. INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *Civil Procedure Rules – Practice Direction 54A – Judicial Review*. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part54/pd_part54a>. Acesso em: 23/07/2014.

⁶²⁷ WOOLF, Harry; JOWELL, Jeffrey; LE SUEUR Andrew; DONNELLY, Catherine M.; HARE, Ivan; DE SMITH, Stanley. *De Smith's judicial review*. 7. ed. Londres: Sweet and Maxwell, 2013, p. 979.

⁶²⁸ “Order 53 - *Applications for Judicial Review* [...] *Hearing of application for judicial review* [...] 9. [...] (5) *Where the relief sought is a declaration, an injunction or damages and the Court considers that it should not be granted on an application for judicial review but might have been granted if it had been sought in an action begun by writ by the applicant at the time of making his application, the Court may, instead of refusing the application, order the proceedings to continue as if they had been begun by writ; and Order 28, rule 8, shall apply as if the application had been made by summons*”. Tradução: “Ordem 53 – Petições por *Judicial Review* [...] Audiência do pedido por *Judicial Review* [...] 9. [...] (5) Quando um provimento buscado é uma declaração, uma injunção ou [reparação por] danos e a Corte considera que este não deve ser garantido numa ação de *Judicial Review*, mas que poderia ter sido garantido se tivesse sido buscado em uma ação iniciada por *writ* pelo requerente ao tempo em que fez o seu pedido, a Corte pode, ao invés de recusar a ação, ordenar que o processo continue como se este tivesse sido iniciado por *writ*; e a Ordem 28, regra 8, deve ser aplicada como se o pedido tivesse sido feito por intimação. (Tradução nossa). Já a Ordem 28, regra 8(1), dispõe: “8. – (1) *Where, in the case of a cause or matter begun by originating summons, it appears to the Court at any stage of the proceedings that the proceedings should for any reason be continued as if the cause or matter had been begun by writ, it may order the proceedings to continue as if the cause or matter had been so begun and may, in particular, order that any affidavit shall stand as pleadings, with or without liberty to any of the parties to add thereto or to apply for particulars thereof*”. Tradução: “8. – (1) Quando, no caso de uma causa ou matéria iniciada por intimação originadora, parecer à Corte, em qualquer estágio do procedimento, que o processo deva, por qualquer razão, ser continuado como se a causa ou matéria houvesse sido iniciada por *writ*, esta deve ordenar que o processo prossiga como se houvesse sido iniciado dessa forma e pode, em particular, ordenar que todo depoimento juramentado deva ser considerado como uma alegação escrita, com ou sem liberdade a qualquer das partes para fazer adendos a mesma ou de solicitar informações a respeito desta”. IRLANDA DO NORTE. *The Rules of the Court of Judicature (NI) 1980 (formerly titled: Rules of the Supreme Court (NI) 1980) SR 1980/346*. Disponível em: <<https://www.courtsni.gov.uk/en-GB/Publications/court-rules/Documents/RsCoJ/RsCJ.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

⁶²⁹ REINO UNIDO. *United Kingdom House of Lords. O'Reilly v Mackman* [1983] 2 AC 237, [1983] UKHL 1. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1983/1.html>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

Direito Público e direitos subjetivos privados por meio de procedimentos de Direito Privado. O caso foi iniciado quando internos da Penitenciária Hull ajuizaram ações de direito privado com o propósito de obter declarações no sentido de que decisões do conselho de visitantes da prisão violavam as regras da justiça natural. Considerando que os prisioneiros não poderiam utilizar procedimento de Direito Privado, pois os interesses afetados eram disciplinados pelo Direito Público, Lord Diplock considerou que permitir a uma pessoa buscar, por meio de uma ação ordinária, uma declaração de que uma decisão de uma autoridade pública infringiu direitos protegidos pelo Direito Público, evitando, dessa forma as previsões da Ordem 53 para a proteção destas autoridades, seria contrário à política pública, como uma regra geral, bem como um abuso do processo por parte da corte. *O'Reilly v Mackman*, dessa forma, estabeleceu que o procedimento da *judicial review* não tinha por objetivo somente permitir que os indivíduos reivindicassem suas prerrogativas de Direito Público; ela tinha por objetivo também proteger tomadores de decisões de Direito Público, determinando que os indivíduos observem exigências estatutárias de permissão (*leave*), atraso (*delay*), permanência (*standing*), etc⁶³⁰.

Deveria ser reconhecido quase imediatamente que a excessiva aderência ao julgamento de *O'Reilly v Mackman* tinha o potencial para prejudicar significativamente os indivíduos⁶³¹. A crítica central foi que pode nem sempre ser claro para um indivíduo quando uma matéria é de Direito Público; e também foi notado que as disputas podem algumas vezes levantar questões misturadas de Direito Público e de Direito Privado e que isto poderia tornar a escolha do procedimento difícil – por exemplo, deveria a *judicial review* estar sempre disponível nestas disputas, ou deveria esta estar disponível apenas onde o elemento de Direito Público é o dominante? Embora estes problemas tenham sido aliviados em parte na Inglaterra e no País de Gales por uma previsão “antitecnicismo” (*anti-technicality*) que permitiu que ações de direito privado começadas como por meio de petição (*application*) fossem continuadas como se houvessem sido iniciadas por *writ*⁶³², as *Rules of Court in Northern Ireland* não continham originalmente uma previsão semelhante. Isso significava, dessa forma, que autores

⁶³⁰ ANTHONY, Gordon. *Judicial Review in Northern Ireland*. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 48.

⁶³¹ ANTHONY, Gordon. Op. cit., p. 49.

⁶³² RSC Ord 53, r 9(5) (mas note-se que o procedimento da *judicial review* na Inglaterra e no País de Gales é atualmente disciplinado pela Parte 54 das CPR, com a previsão para transferência sendo feita pela CPR r 54.20 [incluída na Parte 54] e pela CPR r 30.5 [mencionada pela CPR r 54.20]). O termo “antitecnicismo” (*anti-technicality*) foi usado por Sir John Donaldson MR em INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *England and Wales Court of Appeal*. R v East Berkshire Health Authority, ex p. Walsh [1984] EWCA Civ 6, [1985] QB 152, 166. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1984/6.html>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

que, mal aconselhados, iniciavam processo de *judicial review* a respeito de uma matéria de Direito Privado poderiam ser determinados a iniciar processo novo de Direito Privado, não obstante as correspondentes considerações sobre despesa⁶³³. O único escopo aparente para a flexibilidade estava naqueles casos que levantavam questões misturadas de Direito Público e de Direito Privado, já que havia *dicta* aqui a sugerir que as cortes não deveriam se precipitar em se recusar a ouvir um pedido em processo de *judicial review* quando parte deste é propriamente baseado em uma questão de Direito Público. Ouvir uma questão desse tipo como um pedido para *judicial review* não provoca nenhuma grande violência contra a política pública⁶³⁴.

A Ordem 53, regra 9, das *Rules of the Court of Judicature* como emendada, entretanto, atualmente prevê a transferência da Corte Administrativa para a Corte Civil de processos que tenham sido erroneamente iniciados por meio de petição para *judicial review*⁶³⁵. Enquanto isto obviamente beneficia os litigantes, a jurisprudência existente sobre o tema deixou claro que a transferência pode não ocorrer automaticamente. Muito depende, ao invés, da percepção judicial dos objetivos perseguidos pelo autor por meio do processo e a corte pode considerar que uma ação não é adequada à transferência, ainda quando os remédios buscados incluam declarações (*declarations*), injunções (*injunctions*), e reparação de danos (*damages*). Portanto, em *Re Phillips' Application*⁶³⁶. Carswell LJ se recusou a permitir que o processo continuasse como se tivesse começado por *writ*, porque ele considerou que a ação (*application*) foi centrada no remédio *certiorari*. Dado o ponto, o juiz considerou que o depoimento juramentado (*affidavit*)/ pleito (*pleading*) do autor precisaria ser substancialmente reformado para que pudessem se adequar ao procedimento de direito privado⁶³⁷.

O entendimento de que não é possível converter o procedimento do mandado de segurança em procedimento comum quando o direito material pleiteado pelo autor não é líquido e certo ou quando o responsável pela ilegalidade apontada pelo impetrante não é autoridade pública, nem agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, também prejudica o acesso à justiça e a duração razoável do processo, ao obrigar o

⁶³³ Cf. *Re Malone's Application* [1988] NI 67, 83–5, Kelly LJ.

⁶³⁴ Cf. *Re Carroll's Application* [1988] NI 153, 165, Carswell J.

⁶³⁵ IRLANDA DO NORTE. The Rules of the Court of Judicature (NI) 1980 (formerly titled: Rules of the Supreme Court (NI) 1980) SR 1980/346. Disponível em: <<https://www.courtsni.gov.uk/en-GB/Publications/court-rules/Documents/RsCoJ/RsCJ.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

⁶³⁶ [1995] NI 322.

⁶³⁷ ANTHONY, Gordon. Op. cit., p. 49.

autor a ajuizar nova demanda, pelo procedimento comum. Tal interpretação também pode inviabilizar a salvaguarda do direito material do impetrante, quando existe *periculum in mora*, além de importar em desperdício de recursos econômicos. Assim, propomos o acréscimo de artigo na Lei 12.016/2009 que torne expressa a possibilidade de conversão do procedimento do mandado de segurança em procedimento comum, nestes casos, a exemplo da *translatio iudicii*, tal como disciplinada pelo art. 11 do *Codice del Processo Amministrativo* italiano, e do instituto da *transfer*, tal como disciplinado pelas *Civil Procedure Rules* da Inglaterra e do País de Gales e pelas *Rules of the Court of Judicature* da Irlanda do Norte.

Ante o exposto, podemos chegar às seguintes conclusões, no que concerne ao mandado de segurança:

Quando o juízo verificar que não há direito líquido e certo a ser tutelado por mandado de segurança deverá determinar que o impetrante apresente os documentos necessários à prova dos fatos constitutivos de seu alegado direito subjetivo ou emende a petição inicial de modo a adaptá-la ao procedimento adequado, em 15 dias, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito.

Emendada a petição inicial, o processo prosseguirá pelo procedimento adequado, devendo o juiz declarar quais atos processuais praticados no procedimento inadequado são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.

Todos os atos praticados no procedimento inadequado que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados naquele adequado.

A incompetência, absoluta ou relativa, para processar e julgar a ação de mandado de segurança, será alegada como questão preliminar de contestação.

A incompetência absoluta para processar e julgar a ação de mandado de segurança pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício (art. 64, *caput*, CPC).

Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência (art. 64, §1º, CPC).

Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente (art. 64, §2º, CPC), ainda que pertencente à distinta unidade da Federação ou a outro ramo do Poder Judiciário.

Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente (art. 64, §3º, CPC).

Prorrogar-se-á a competência relativa para processar e julgar a ação de mandado de segurança se a pessoa jurídica ré não alegar a incompetência em preliminar de contestação (art. 65, CPC).

A incompetência relativa pode ser alegada pelo Ministério Público nas causas em que atuar (art. 65, parágrafo único, CPC).

Quando houver declínio da competência, o juízo competente deverá declarar, na decisão que determina o prosseguimento do feito, quais atos processuais praticados no juízo incompetente são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.

Todos os atos processuais praticados no juízo incompetente que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados no juízo competente.

Embora tais conclusões possam ser extraídas de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, da Lei 12.019/2009 e do CPC, sugerimos o acréscimo dos seguintes artigos na Lei 12.016/2009, para que não restem dúvidas quanto ao procedimento do mandado de segurança.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	<p>Art. 30. Quando o juízo verificar que não há direito líquido e certo a ser tutelado por mandado de segurança deverá determinar que o impetrante apresente os documentos necessários à prova dos fatos constitutivos de seu alegado direito subjetivo ou emende a petição inicial de modo a adaptá-la ao procedimento adequado, em 15 dias, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito.</p> <p>§1º. Emendada a petição inicial, o processo prosseguirá pelo procedimento adequado, devendo o juiz declarar quais atos processuais praticados no procedimento inadequado são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.</p> <p>§2º Todos os atos praticados no procedimento inadequado que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados naquele adequado.</p>

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
----------------------------	--

Sem correspondente.	<p>Art. 31. Quando o juízo verificar que a ação foi ajuizada há mais de 120 dias da ciência do ato impugnado pelo interessado, deverá determinar que o impetrante emende a petição inicial de modo a adaptá-la ao procedimento adequado, em 15 dias, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito.</p> <p>§1º. Emendada a petição inicial, o processo prosseguirá pelo procedimento adequado, devendo o juiz declarar quais atos processuais praticados no procedimento inadequado são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.</p> <p>§2º Todos os atos praticados no procedimento inadequado que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados naquele adequado.</p>
---------------------	---

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	<p>Art. 32. A incompetência absoluta para processar e julgar a ação de mandado de segurança pode ser alegada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.</p> <p>§1º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência.</p> <p>§2º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente, ainda que pertencente à distinta unidade da Federação ou a outro ramo do Poder Judiciário.</p> <p>§3º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.</p>

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	<p>Art. 33. Prorrogar-se-á a competência relativa para processar e julgar a ação de mandado de segurança se a pessoa jurídica ré não alegar a incompetência em preliminar de contestação.</p> <p>Parágrafo único. A incompetência relativa pode ser alegada pelo Ministério Público nas causas em que atuar.</p>

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	<p>Art. 34. Quando houver declínio da competência, o juízo competente deverá declarar, na decisão que determina o prosseguimento do feito, quais atos processuais praticados no juízo incompetente são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.</p> <p>Parágrafo único. Todos os atos processuais praticados no juízo incompetente que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados no juízo competente.</p>

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	<p>Art. 35. Havendo conflito negativo de competência, solucionado este, o juízo declarado competente deverá declarar quais atos praticados no juízo incompetente são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.</p> <p>Parágrafo único. Todos os atos processuais praticados no juízo incompetente que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados no juízo competente.</p>

12 A EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, NÃO FAZER E ENTREGAR COISA NO PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA

O cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer é regida pelos artigos 536 e 537, CPC. Já o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de entregar coisa é disciplinada pelo art. 538, CPC.

Em se tratando de ação contra a Fazenda Pública, não há regra diferente, já que as obrigações de fazer e não fazer não se submetem à sistemática dos precatórios. Então, o regime é o mesmo, caso o devedor seja a Fazenda Pública. Aliás, segundo anotado em precedente do Superior Tribunal de Justiça, “Esta Corte Superior já sedimentou a orientação segundo a qual é desnecessária a citação da Administração Pública por ocasião da exigibilidade de sentença que impõe obrigação de fazer”⁶³⁸. Assim, a execução de obrigação de fazer ou não fazer contra a Fazenda Pública rege-se pelas regras contidas nos artigos 536 e 537, CPC. Quanto à fixação e exigência da multa, o agente público responsável pelo cumprimento da ordem judicial deve responder tanto pela multa prevista no art. 537, como por aquela capitulada no art. 77, §2º, CPC. Contudo, o juiz deve garantir o prévio contraditório, fazendo constar, da decisão que defere a tutela provisória ou da sentença, que este agente deve cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe cabe, em determinado prazo, sob pena de incidir sobre ele uma determinada multa cominatória e determinando que este seja pessoalmente intimado da decisão. Da mesma forma, antes de aplicar a multa do art. 77, §2º, CPC, o juízo deve, por expressa determinação do art. 77, caput, IV e VI, §1º, CPC, intimar o referido agente de que seu comportamento comissivo ou omissivo constitui ato atentatório à dignidade da justiça passível de punição por multa. A garantia fundamental do contraditório exige que, salvo urgência fundamentada na decisão, o juízo deve conceder, nesta, prazo razoável para que o agente público se manifeste sobre a possibilidade de aplicação a ele da *astreinte* ou da multa por ato atentatório à dignidade da justiça⁶³⁹.

⁶³⁸ Acórdão unânime da 6ª Turma do STJ, AgRg no Ag: 999.849/RS, Rel. Min. Jane Silva (Des.Conv. TJ/MG), j. 6.5.2008, DJe de 26.5.2008.

⁶³⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2016, p. 138-141: “[...] qualquer condenação imposta à Fazenda Pública, independentemente da natureza do crédito, deve sujeitar-se à sistemática do precatório. De fato, o precatório é procedimento, que alcança toda e qualquer execução pecuniária intentada contra a Fazenda Pública, independentemente, da natureza do crédito ou de quem figure como exequente. Logo, a referida multa somente poderá ser exigida da Fazenda Pública após o trânsito em julgado da decisão que a fixar, mediante a adoção do processo de execução, seguido da expedição de precatório. Bem por isso, sustenta Marcelo Lima Guerra ser admissível a adoção de meios alternativos, não para substituir o sistema de precatórios, mas para assegurar a eficácia prática de meios executivos. Daí sugerir que a referida multa seja imposta contra o agente público responsável pelo cumprimento da medida. (GUERRA, Marcelo

Entretanto, respeitável doutrina sustentava que a multa do art. 461, §4º, CPC/1973, correspondente a do art. 537, CPC/2015, não podia ser aplicada à autoridade coatora impetrada, pois esta não seria “o sujeito passivo da obrigação, mas apenas o órgão do sujeito passivo, que é a pessoa jurídica de direito público”. Assim, “à falta de previsão expressa de lei, não” poderia “o funcionário ser penalizado com a multa, que somente” poderia “ser

Lima. Execução contra o Poder Público, **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 100, out-dez/2000, p. 76-80). Para conferir efetividade ao comando judicial, cabe, portanto, a fixação de multa, a ser cobrada do agente público responsável, além de se exigir da própria pessoa jurídica de direito público. É preciso, entretanto, que, antes de impor a multa ao agente público, seja observado o contraditório, intimando-o para cumprir a decisão e advertindo-o da possibilidade de se expor à penalidade pecuniária. O art. 77 do CPC institui deveres a serem obedecidos pelas partes e por todos aqueles que de qualquer forma participam do processo. De tais deveres destacam-se os previstos nos seus incisos IV (cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação) e VI (não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso). O descumprimento desses deveres expõe o infrator a uma sanção, consistente, no caso, a uma multa não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa (CPC, art. 77, §2º). A multa por descumprimento aos deveres inscritos nos incisos IV e V do art. 77 do CPC constitui crédito da União ou do Estado, a ser inscrita em dívida ativa para aparelhar posterior execução fiscal, caso não venha a ser paga espontaneamente pela parte sediciosa. O crédito será da União, caso o processo tenha curso perante a Justiça Federal ou perante a Justiça do Trabalho, órgãos aos quais são destinados recursos do orçamento federal e em cujos procedimentos poderão ser aplicáveis as regras contidas no Código de Processo Civil. Aos Estados-membros caberão as multas fixadas em processos que tenham curso na Justiça Estadual. E assim o é porque o descumprimento dos deveres contidos nos incisos IV e VI do art. 77 do CPC é tido como ato atentatório à dignidade da jurisdição, ofendendo, em última análise, a presteza da prestação jurisdicional, cujo atendimento compete ao Estado preservar. Havendo ato atentatório à dignidade da jurisdição, o credor da multa é o próprio Estado, a quem compete tutelar e defender o interesse público primário, que é o interesse de toda a coletividade. Essa multa prevista no §2º do art. 77 do CPC não substitui aquela estipulada no art. 81 do mesmo Código nem se confunde com aquelas impostas para o cumprimento de obrigação específica (*astreintes*). Cada uma contém uma finalidade própria. Enquanto a multa do art. 81 visa punir o litigante de má-fé, as *astreintes* têm por finalidade garantir o cumprimento da tutela específica de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa. Tanto uma como a outra se destinam à parte lesada com a conduta ímproba ou com o descumprimento da decisão. Já a multa do §2º do art. 77 não se destina à parte contrária, mas tem como credor, como se viu, a União ou o Estado-membro, caso a demanda se processe, respectivamente, na Justiça Federal ou do Trabalho ou na Justiça Estadual. A União e os Estados podem criar, a propósito, fundos de modernização do Poder Judiciário, aos quais serão revertidos os valores de tais multas (CPC, art. 97). Significa que, por terem pressupostos e destinações diversas, todas essas multas podem ser cumuladas, expondo-se a parte ao pagamento delas, caso, a um só tempo, não cumpra provimento mandamental ou cause embaraço à efetividade de provimento antecipatório ou final, pratique ato de litigância de má-fé e não cumpra tutela específica de obrigação de fazer ou não fazer. Ocorre, porém, que a Fazenda Pública, à primeira vista, não poderia sujeitar-se à multa prevista no §2º do art. 77 do CPC, revelando-se ineficaz sua fixação. Essa multa pode, na verdade, ser imposta ao agente público responsável pelo cumprimento da ordem judicial. É preciso, porém, que seja advertido com antecedência para, somente depois, ser punido com a multa. Nesse sentido, assim dispõe o §1º do art. 77 do CPC: ‘Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça’. O agente público deve ser intimado pessoalmente para cumprimento da ordem, com a advertência de imposição de multa a ele mesmo, caso não atenda ao comando judicial ou crie embaraços à sua efetivação. O agente público responsável pelo cumprimento da ordem judicial deve responder tanto pelas *astreintes* como por aquela prevista no §2º do art. 77, do CPC. Tais multas, cujos pressupostos são diversos, podem ser cumuladas, sendo a primeira revertida em favor da parte contrária e, essa última, em favor do Estado ou da União, a depender do órgão jurisdicional que esteja processando a causa. Desse modo, e diante da ameaça de o agente público responder pessoalmente pelo pagamento de multas, não hesitará em cumprir o comando judicial, conferindo-se maior efetividade às decisões judiciais que imponham o atendimento de obrigações de fazer ou não fazer.’.

imposta à própria pessoa jurídica de direito público”⁶⁴⁰. O STJ também orientou a sua jurisprudência no sentido da impossibilidade da aplicação de *astreinte* à autoridade responsável pela prática do ato determinado na decisão judicial, já que esta não é parte no processo em que se pede a condenação do ente da administração pública⁶⁴¹.

De qualquer forma, com a devida vênia, a ausência de expressa autorização legal não constitui empecilho para a fixação de *astreinte* em desfavor da autoridade coatora, uma vez que o princípio da atipicidade dos meios executórios das obrigações de fazer e de não fazer (arts. 139, IV, e 536, §1º, CPC), que já era consagrado pelo revogado art. 461, §5º, CPC/1973⁶⁴², o autoriza. Em todo caso, a referida multa cominatória está sujeita aos limites estabelecidos pelo postulado normativo da proporcionalidade/razoabilidade, que devem ser demonstrados, de forma analítica (art. 489, §1º, CPC) na fundamentação da decisão. Assim, a *astreinte* somente pode ser imposta à autoridade coatora, caso seja: necessária, em razão da ausência de outro meio executivo menos gravoso; adequada ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer determinada pela decisão; e proporcional em sentido estrito, por trazer mais benefícios para o exequente do que prejuízos para o executado. Assim, não pode comprometer o patrimônio mínimo necessário à preservação da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/1988) da autoridade coatora, sendo, portanto, vedada, na execução da multa cominatória, a penhora dos bens impenhoráveis, como aqueles arrolados no art. 833, CPC, e o bem de família (Lei 8.009/1990)⁶⁴³.

⁶⁴⁰ GRECO, Leonardo. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Cadernos do CEJ, v. 23: Execução contra a Fazenda Pública. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, 2003, p. 219. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/serie-cadernos/Volume%2023%20-%20EXECUCAO%20CONTRA%20A%20FAZENDA%20PUBLICA.pdf/view>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

⁶⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 747.371/DF da Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, j. 06/04/2010, DJe 26/04/2010. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes. 2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade. 3. As autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno. 4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Código Instrumental. 5. Recurso especial provido”.

⁶⁴² O art. 139, IV, CPC, estendeu o princípio da atipicidade dos meios executórios às obrigações de pagar quantia certa.

⁶⁴³ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 35, p. 101-119, jul./set. 2008. Disponível em: <

A obrigação de fazer ou de não fazer estabelecida por título executivo extrajudicial pode ser executada contra a Fazenda Pública, tendo em vista o enunciado 279 da Súmula do STJ. Em tal caso, “o procedimento adotado para as execuções contra particulares” é o mesmo daquelas “manejaadas contra a Fazenda Pública, aplicando-se os dispositivos inscritos nos arts. 814 a 823”, e 536, §4º, CPC⁶⁴⁴.

A execução das obrigações de entregar coisa contra a Fazenda Pública segue “as mesmas regras da execução contra particulares, aplicando-se os arts. 806 a 813 do CPC”. Entretanto, se aquela “obrigação for convertida em obrigação de pagar, deverá, a partir daí, ser adotado o procedimento dos arts. 534 e 535 do CPC, passando a seguir a sistemática do precatório”⁶⁴⁵.

12.1 Multa cominatória contra a autoridade coatora

O entendimento de que o juízo não pode fixar multa cominatória em desfavor da autoridade coatora por não ser esta ré em mandado de segurança, ou por falta de previsão

opet.com.br/pdf/anima5/Luiz-Edson-Fachin.pdf>, p. 19-20. Acesso em: 03 nov. 2017: “Pode-se apontar, ainda, em hermenêutica sistemática construtiva, a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, da tutela de um patrimônio mínimo personalíssimo. Trata-se de subprincípio que pode, por exemplo, apresentar-se como exceção de direito material a execução. Trata-se de reconhecer limites para a responsabilidade patrimonial do devedor, por meio da vedação a pretensão de reduzi-lo a miserabilidade. Trata-se, ainda, não apenas de assegurar um mínimo existencial – o que poderia se confundir com uma espécie de “caridade pública”, ela própria, não raro, atentatória a dignidade – mas, sim, de assegurar um patamar patrimonial que propicie um livre desenvolvimento de capacidades individuais.”. Importa, ainda, destacar trecho do voto do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 407.688/AC, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147: “Dentro do contexto pertinente ao direito à moradia, torna-se relevante observar, na linha da reflexão feita pelo eminente Professor Luiz Edson Fachin (“Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, 2001, Renovar), que se impõe, ao Estado, dispensar tutela efetiva às pessoas em geral, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa - enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) - valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional. Esse princípio fundamental, valorizado pela fiel observância da exigência ético-jurídica da solidariedade social que traduz um dos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito (CF, art. 32, I) – permite legitimar interpretações que objetivem destacar, em referido contexto, o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial, como o da intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família.”.

⁶⁴⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2016, p. 396-397.

⁶⁴⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2016, p. 397.

legal expressa⁶⁴⁶, compromete o acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e a duração razoável do processo, pois inviabiliza importante meio de coerção sobre a pessoa física que tem o poder e a função de cumprir a ordem judicial. Apesar de não ser parte no processo do mandado de segurança, esta tem ampla oportunidade de participar do contraditório, influenciando nas decisões aí proferidas, a partir do momento em que é intimada para prestar informações, ainda na fase de conhecimento. O art. 14, §2º, Lei 12.016/2009, concede-lhe, inclusive, o direito de recorrer de qualquer decisão prolatada neste feito, o que lhe garante o poder de influenciar as decisões tomadas em quaisquer instâncias. Além disso, a imposição da *astreinte* à pessoa jurídica ré/executada levará ao consumo de recursos públicos que poderiam viabilizar a execução de serviços públicos essenciais à implementação de direitos fundamentais. Tal fato deve ser considerado pelo juiz na fundamentação analítica (art. 93, IX, CRFB/1988 c/c art. 489, §1º, CPC) da decisão que impõe a *astreinte* ao ente público à luz do princípio da proporcionalidade. Além disso, a isenção da multa cominatória em relação à autoridade coatora poderá levar a uma acomodação desta em relação ao cumprimento da ordem judicial, uma vez que sua responsabilização patrimonial estará sujeita a uma ação regressiva da entidade da Administração Pública que, além de ser, em regra, morosa, poderá

⁶⁴⁶ GRECO, Leonardo. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Cadernos do CEJ*, v. 23: Execução contra a Fazenda Pública. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, 2003, p. 218-219. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/serie-cadernos/Volume%2023%20-%20EXECUCAO%20CONTRA%20A%20FAZENDA%20PUBLICA.pdf/view>>. Acesso em: 01 nov. 2017: "A partir da reforma de 1994, a multa pecuniária passou a constituir meio coativo, aplicável tanto às obrigações de fazer infungíveis, quanto às fungíveis (artigo 461, § 4º). Isso significa que mesmo nas prestações que podem ser cumpridas por terceiro, como são todos os atos dos agentes públicos, pode o juiz na decisão que impuser a prestação, como a liminar no mandado de segurança, ou na sua execução, de ofício ou a requerimento da parte, fixar a multa pecuniária diária, incidente sobre o sujeito passivo da obrigação, e incidente a partir da data do vencimento do prazo fixado para o cumprimento. Ocorre que, no mandado de segurança, a autoridade impetrada não é o sujeito passivo da obrigação, mas apenas o agente, o órgão do sujeito passivo, que é a pessoa jurídica de Direito Público. À falta de previsão expressa de lei, não pode o funcionário ser penalizado com a multa, que somente pode ser imposta à própria pessoa jurídica de Direito Público e cuja execução dependerá da observância das regras do artigo 100 da Constituição. Essa coação poderá ser eficaz em relação a outros sujeitos passivos não-estatais do mandamus, como entidades privadas que exerçam funções delegadas do Poder Público, nos termos do artigo 1º, § 1º, da Lei do Mandado de Segurança." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 747.371/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 06/04/2010, DJe 26/04/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 jan. 2018. Ementa: " PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes. 2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade. 3. As autoridades coadoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno. 4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Códex Instrumental. 5. Recurso especial provido."

jamais ocorrer a depender do poder político da autoridade em questão⁶⁴⁷, da exação dos agentes públicos responsáveis pelo seu ajuizamento e do eventual transcurso *in albis* do prazo prescricional previsto em lei. Ainda na vigência da Lei 1.533/1951 e do CPC/1973, respeitável doutrina defendia a aplicação subsidiária do art. 461, §5º, CPC/1973, para a imposição de multa cominatória à autoridade coatora, em caso de descumprimento à decisão judicial⁶⁴⁸. Observa-se que, em decisões mais recentes, o STJ tem admitido a imposição de *astreinte* diretamente à autoridade coatora como meio de forçá-la a cumprir a ordem judicial⁶⁴⁹. Por tais razões, propomos a inserção de dispositivo na Lei 12.016/2009 que autorize expressamente a referida medida.

⁶⁴⁷ Imagine-se, por hipótese, que a autoridade coatora seja o chefe do Poder Executivo de determinada unidade da Federação que consiga se reeleger e que, mesmo após o término de seu segundo mandato, continue a liderar o grupo político ao qual pertence o atual chefe daquela Unidade federativa.

⁶⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 448-450: “Admitindo-se o emprego da multa coercitiva no mandado de segurança, surge a necessidade de definir sobre quem o encargo recairá: o agente posto na condição de “autoridade coatora” ou a pessoa jurídica exercitadora de função pública, à qual ele está vinculado? A resposta passa pela consideração da legitimidade passiva no mandado de segurança. Reconhecendo-se que o pólo passivo da demanda é ocupado pela pessoa de direito público ou de direito privado no exercício de função pública, de quem o agente funciona apenas como especial “representante” (*rectius*: presentante), há de concluir-se que o custo da coerção patrimonial, em princípio, recai sobre aquela – como, de resto, recairão as demais decorrências patrimoniais da concessão da segurança. A circunstância de tratar-se normalmente de ente público não prejudica tal conclusão. Como já se expôs, não há o que obste a imposição da multa diária contra a Fazenda Pública – e esta tem direito de regresso contra o agente que, por conduta pessoal dolosa ou culposa, der causa à incidência da multa [...]. Mas não deve ficar descartado que, em casos graves, a multa venha a ser cominada diretamente contra a pessoa da autoridade coatora (assim como, em processos de outra natureza, contra o agente público incumbido do cumprimento da decisão). Em vista das peculiaridades (e deficiências) da estrutura interna administrativa, muitas vezes apenas a multa contra a própria autoridade atinge concretamente a meta de pressionar ao cumprimento. Para tanto, há de se interpretar o § 5.º do art. 461 como permitindo não apenas a adoção de medidas atípicas, mas também o direcionamento dessas medidas contra terceiros cuja cooperação seja imprescindível para a consecução da tutela. [Nota de rodapé nº 28: Esse entendimento foi cogitado na primeira edição da presente obra tomando em conta tese aventada por Marcelo Guerra, em debate de que participamos na Escola da Magistratura do Ceará, em 28.05.1999. Agora, essa tese está também exposta em artigo doutrinário daquele ilustre magistrado trabalhista cearense: Execução contra o Poder Público, n. 9.2, p. 76-79. No já mencionado MS 70.088-5 (TJPR, rel. Des. Trotta Telles, fl. 803 e seguintes e 944 e seguintes), cominou-se multa diária diretamente contra o Governador do Estado, que figurava como autoridade coatora.]. A atual redação do § 5.º, que agora inclui a multa no rol exemplificativo de “medidas de apoio” que o juiz pode tomar, reforça essa possibilidade (afinal, a multa dirigida ao próprio réu já está regulada nos §§ 4.º e 6.º). Obviamente, a cominação da multa diretamente ao agente público deve cercar-se de cautelas ainda maiores do que as que se deve ter na cominação da multa contra a própria parte. Porexemplo, em muitos casos é razoável que tal medida seja deixada para um segundo momento, quando se evidenciar a injustificável resistência do agente público. Além disso, deverá sempre ficar claro no ato de intimação ao agente que a multa lhe está sendo cominada pessoalmente.”.

⁶⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.644.683/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 16/05/2017, DJe 16/06/2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 jan. 2018. Ementa: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ASTREINTES. REDUÇÃO DO QUANTUM. VALOR EXORBITANTE. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Hipótese em que o Tribunal a quo, diante do quadro fático delineado nos autos, assentou: "O acúmulo da multa diária alcançou patamar estratosférico, mormente quando se verifica que a obrigação principal refere-se à relocação de servidor público removido indevidamente pela Administração. É certo que, no caso dos autos, a autoridade coatora ofereceu muita resistência ao cumprimento da obrigação de fazer, o que motivou este relator a

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente	Art. 35. O juízo pode, de ofício ou à pedido, impor multa cominatória periódica à autoridade coatora, em caso de descumprimento da ordem judicial dentro do prazo estabelecido.

12.2 O interventor judicial no mandado de segurança

Um dos entraves à execução é a sua “excessiva centralização nas mãos do” magistrado. “O juiz sentenciador não tem vocação para ser um executor”, já que a “atividade prática a ser desenvolvida na execução pouco ou nada tem em comum com o julgamento de litígios com fundamento em conhecimentos jurídicos”⁶⁵⁰.

majorar o valor da multa diária, até que finalmente o acórdão foi devidamente cumprido. Portanto, uma vez alcançada a pretensão principal (relotação do Delegado de Polícia) (...) É justamente a hipótese dos autos, conforme destaquei acima, devendo o valor referente ao acúmulo da multa diária, que chegou a R\$ 5.520.000,00 (cinco milhões, quinhentos e vinte mil reais), ser reduzido para R\$ 1.000.000,00 (um milhão reais), sem incidir juros e correção monetária, que, a meu ver, se encontra dentro dos . patamares da razoabilidade e da proporcionalidade e em consonância com a obrigação principal" (fl. 78, e-STJ). 2. A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que, em regra, não se mostra possível em Recurso Especial a revisão do valor fixado a título de multa diária (astreinte) pelo descumprimento de decisão judicial, pois tal providência exige incursão na seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ. 3. Tal situação, no entanto, pode ser excetuada quando o referido valor se mostrar exorbitante, situação verificada no caso dos autos (total da multa fixado em R\$ 1.000.000,00 - um milhão de reais). 4. Em face do princípio da razoabilidade, tomando-se por base a remuneração mensal de um delegado de polícia (R\$ 16.000,00 – dezesseis mil reais) e a quantidade de dias de descumprimento (cento e dois dias), a multa cominatória, abrangendo o dano aos três delegados, deve ser reduzida para o total de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). 5. Recurso Especial provido para determinar a redução da multa para o valor total de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.399.842/ES, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 25/11/2014, DJE 03/02/2015. Ementa: " PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA À PRÓPRIA AUTORIDADE COATORA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 461, §§ 4º e 5º DO CPC. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DESPROVIDO. 1. É pacífica, no STJ, a possibilidade de aplicação, em mandado de segurança, da multa diária ou por tempo de atraso prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC. Precedentes. 2. Inexiste óbice, por outro lado, a que as astreintes possam também recair sobre a autoridade coatora recalcitrante que, sem justo motivo, cause embaraço ou deixe de dar cumprimento a decisão judicial proferida no curso da ação mandamental. 3. Parte sui generis na ação de segurança, a autoridade impetrada, que se revele refratária ao cumprimento dos comandos judiciais nela exarados, sujeita-se, não apenas às reprimendas da Lei nº 12.016/09 (art. 26), mas também aos mecanismos punitivos e coercitivos elencados no Código de Processo Civil (hipóteses dos arts. 14 e 461, §§ 4º e 5º). 4. Como refere a doutrina, ‘a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio’ (VARGAS, Jorge de Oliveira. As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível. Curitiba: Juruá, 2001, p. 125), por isso que, se ‘a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional’ (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004, p. 662). 5. Recurso especial a que se nega provimento."

⁶⁵⁰ GRECO, Leonardo. Execução civil – entraves e propostas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XII, p. 404-407, jul./ dez. 2013. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 25 abr. 2014, defende a adoção, no Brasil, a exemplo de outros países como a França, os Estados Unidos da América e

Dentre “as medidas atípicas” permitidas pelos arts. 139, IV; 536, §1º; 538, §3º, CPC, “está a nomeação judicial de terceiro(s), na condição de *longa manus* do juiz, para o desempenho de atuação duradoura, contínua ou não”, com o fim de: 1) “substituir total ou parcialmente o réu, mediante intromissão em sua estrutura interna de atuação, no desenvolvimento da atividade devida”, 2) “fiscalizar e orientar o proceder do próprio réu”; 3) “impedir materialmente a prática de atos indevidos”; 4) “fornecer informações e orientações ao juiz sobre alterações no panorama fático que possam exigir novas providências judiciais, ou, mesmo”; 5) “cumprir conjugadamente parte ou a totalidade dessas tarefas”⁶⁵¹.

A referida medida “é aplicável a hipóteses” nas quais “a conduta devida é complexa e não exaurível em uma” ação ou omissão instantânea. Nesses “casos, é frequente que o cumprimento da decisão judicial” somente possa ser alcançado por meio da “atuação jurisdicional interna” à estrutura institucional. Nos dias de hoje, pode-se considerar inclusive a “nomeação de fiscal ou interventor na tutela para entrega de coisa” (arts. 538, §3º, 139, IV; e 536, §1º, CPC), “por exemplo, quando a retirada do réu do bem imóvel envolve procedimentos significativamente complicados e que demandam tempo”⁶⁵².

A determinação “constitucional de tutela plena e adequada” (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) é “o valor constitucional que” fundamenta “a nomeação, pelo juiz, de fiscal ou interventor”. Procura-se “resguardar a efetividade da proteção, naqueles casos em que não há outro meio de concretizar o resultado determinado pelo provimento”⁶⁵³. Por outro lado, quando determinada no mandado de segurança, a intervenção judicial implica, “em maior ou menor medida”, limitação “ao princípio da separação de poderes” (art. 2º, CRFB/1988).

Portugal, de um agente de execução a quem caberia a realização de atos de execução, como a penhora, a requerimento do exequente, independente de determinação judicial. Essa evolução depende de reforma da lei e é preciso formar esse profissional, já que o nosso oficial de justiça não está preparado para desempenhar essa função.

⁶⁵¹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 275. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense 2016, p. 396, considera a intervenção judicial “meio apto e eficaz de” se “obter a efetivação da medida judicial, determinando-se a nomeação de interventor que, substituindo a autoridade, cumpra a ordem judicial.”.

⁶⁵² TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 275-276.

⁶⁵³ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 282.

“Trata-se de providência drástica e excepcional”⁶⁵⁴. Em outras palavras, a intervenção judicial em entidade da Administração Pública, no processo do mandado de segurança, implica “mitigação do princípio da separação” dos poderes (art. 2º, CRFB/1988), “mesmo nos casos em que” aquela é “parcial, ou naqueles em que a função do interventor” é somente fiscalizadora. Assim, sempre que houver determinação judicial de intervenção, no cumprimento do *mandamus*, existirá um conflito entre a garantia fundamental do acesso ao direito por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988), que justifica a intervenção, e o princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º, CRFB/1988) que será restringido por esta⁶⁵⁵.

Quando verifica um conflito de princípios constitucionais⁶⁵⁶, o órgão jurisdicional deve “buscar formas para” harmonizá-los. Assim, decide de maneira a aplicar um desses, sem eliminar o outro. Os demais sujeitos processuais devem colaborar com o juízo (art. 6º, CPC) propondo possíveis soluções. A resolução de um conflito entre princípios difere daquela de um conflito entre regras, “em que é necessária a exclusão de uma delas do” ordenamento jurídico “para dar lugar a outra, pois, no que tange aos princípios, até os colidentes são aptos a conviver em um mesmo sistema, sendo”, em alguma medida “afastado um ou outro diante da necessidade de” solução “do caso concreto”⁶⁵⁷.

Dessa forma, “para analisar se diante desse conflito de” princípios é possível instituir, “no caso concreto, a intervenção judicial” em alguma entidade da Administração Pública, “ou seja, para alcançar a harmonização desses” princípios, é preciso avaliar qual princípio assume maior peso. Para isso, o órgão jurisdicional deve aplicar o postulado normativo da

⁶⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 282.

⁶⁵⁵ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 168-169.

⁶⁵⁶ A garantia constitucional do acesso ao direito por meio do processo judicial é um princípio em razão de seu elevado grau de abstração em relação às regras. O legislador e o órgão jurisdicional podem e devem buscar a tutela do direito da parte que tem razão da forma que se mostrar mais adequada. O primeiro levará em consideração as características do direito em tese, tal como a forma pela qual seus fatos constitutivos podem ser provados, e o segundo, as circunstâncias do caso concreto, bem como as diretrizes fixadas pelo legislador. O art. 5º, XXXV, CRFB/1988, não estabelece os meios pelos quais a tutela do direito será efetivada. Assim, consideramos que os princípios constitucionais constituem gênero do qual fazem parte as garantias constitucionais, de caráter processual e os princípios constitucionais propriamente ditos, de caráter material.

⁶⁵⁷ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 169.

proporcionalidade⁶⁵⁸. Assim, “em primeiro lugar”, precisa analisar “se nenhuma outra medida menos drástica pode ser adotada para se atingir” o mesmo fim; depois, deve verificar “se o cumprimento da decisão judicial justifica a mitigação” do princípio da separação dos poderes. Caso venha a dar resposta afirmativa a essas duas questões, deve “impor a intervenção”, fazendo a garantia do acesso ao direito por meio do processo judicial prevalecer sobre o princípio consagrado pelo art. 2º, CRFB/1988⁶⁵⁹.

Havendo “tensão entre valores constitucionais igualmente relevantes em abstrato – garantia da tutela jurisdicional por um lado e separação de poderes, por outro –, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos. Assim”: 1) “verificar-se-á qual o valor mais relevante na situação concreta”; 2) “a intervenção não deverá ser adotada quando medida menos drástica for apta para atingir, sem custos excessivos, os mesmos resultados”; 3) “a intervenção restringir-se-á ao estritamente necessário para a efetivação do provimento”⁶⁶⁰.

Caso decida pela intervenção, o órgão jurisdicional “deve limitar o atuar do interventor apenas às atividades imprescindíveis para o fiel cumprimento” de sua decisão, de maneira a “mitigar o mínimo possível os outros valores garantidos constitucionalmente”. Além disso, “a atuação do interventor não será arbitrária”, pois, “estará sob controle judicial” (art.108, III, Lei 12.529/2011), “assim como as próprias decisões do juiz são passíveis de controle pela via recursal, evitando-se com isso que a intervenção ultrapasse os limites do razoável para se cumprir a decisão”⁶⁶¹.

O juiz deve controlar, de forma permanente, a atividade “do fiscal ou administrador judicial”. “O terceiro nomeado tem o dever de prestar – e o órgão jurisdicional o dever de exigir – informações periódicas sobre o desenvolvimento da intervenção, apresentando relatório mensal de suas atividades” (art. 108, III, Lei 12.529/2011). O magistrado *ex officio*

⁶⁵⁸ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 169.

⁶⁵⁹ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 170.

⁶⁶⁰ Cf. art. 106, caput, Lei 12.529/2011: “A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar [...]”. BRASIL. Lei 12.529/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014. Assim, se basta a mera atuação do terceiro como fiscal, não se procederá à intervenção propriamente dita na administração da entidade. TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 282.

⁶⁶¹ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 170.

ou a pedido “dos legitimados, deverá, sempre que necessário, ditar novas instruções ao interventor, a fim de corrigir ou complementar sua atuação”. Ademais, as próprias decisões “do juiz são” totalmente controláveis. Todas as suas deliberações “sobre cada um dos aspectos da intervenção devem ser fundamentadas (art. 93, IX, CRFB/1988) e todas são igualmente recorríveis”⁶⁶².

Pode suceder que, ao ponderar a garantia do acesso ao direito por meio do processo judicial e o princípio da separação de poderes, o órgão jurisdicional entenda que a intervenção é incabível por ser desmesurada, ou inadequada para o cumprimento “da obrigação constante na decisão judicial. Todavia, a simples existência do conflito desses valores não é óbice total à adoção da medida, desde que, em se aplicando o princípio da proporcionalidade, a intervenção se mostre adequada”⁶⁶³.

A doutrina relaciona o emprego do interventor judicial ao cumprimento de “decisões estruturais”. Estas podem ser proferidas em sede de mandado de segurança coletivo, ou mesmo individual, desde que submetido ao regime do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)⁶⁶⁴, já que as decisões estruturais visam a solucionar “litígios estruturais”, que se referem a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. As “decisões estruturais” são “provimentos em cascata”, que resolvem “os problemas na medida em que” estes surgem. Dessa forma, é típico o proferimento “de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o” conflito complexo levado ao Judiciário. Depois dessa primeira decisão – geralmente, “mais genérica, abrangente e quase ‘principiológica’, no sentido de que terá como” função principal “estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional”, “problemas e questões pontuais”, surgidos “na implementação da ‘decisão-núcleo’” exigirão outras decisões para a sua solução,

⁶⁶² TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 283.

⁶⁶³ BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 170.

⁶⁶⁴ O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) é disciplinado pelos arts. 976 a 987, CPC. Segundo MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (Coord.). **Mandado de segurança individual e coletivo: Lei 12.016/2009 comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 246, 253: “O novo instituto possui como finalidades precípua a economia processual, a obtenção de uma duração mais razoável para o processo, a preservação da isonomia nas decisões judiciais e a construção de um patamar superior em termos de segurança jurídica. [...] O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas exige a presença de três requisitos cumulativos: a) a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre questão comum de direito; b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; c) que a questão jurídica não esteja afetada em recurso especial ou extraordinário repetitivo (requisito negativo).”

especificando “alguma prática devida”. Provavelmente, “isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor” maneira possível, “a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se” alcançar “no caso concreto”⁶⁶⁵. Frequentemente, o emprego de meios consensuais de resolução de conflitos como a negociação, a conciliação e a mediação deverão ser empregados para que determinado provimento seja cumprido de forma adequada⁶⁶⁶.

Essa implementação gradual “da decisão judicial é própria dos” conflitos “estruturais. Somente à medida que a decisão judicial vai sendo implementada é que se” tomará conhecimento “de eventuais problemas surgidos e, assim, de outras imposições que o caso” exige. Os sujeitos processuais devem ter em consideração as experiências passadas de casos análogos ao propor soluções ou linhas de ação. Entretanto, quando o litígio for inédito, sua complexidade, usualmente, “implicará a necessidade de se tentar várias soluções para o problema. Essa técnica de tentativa-erro-acerto é que permitirá a seleção da melhor técnica e do resultado ótimo para o caso”⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v.8, n.1, p. 51, jan./abr. 2017. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 17 dez. 2017: “Outra característica marcante das decisões estruturais é que, muitas vezes, à decisão principal seguem-se inúmeras outras que têm por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal [...]. As decisões se sucedem e somente podem ser tomadas após o cumprimento das fases anteriores. A decisão atual, muitas vezes, depende do resultado e das informações decorrentes do cumprimento da decisão anterior. [...] Como exemplos, podemos citar a decisão que, visando à concretização do direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais, estabelece um plano de adequação e acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos de uma determinada localidade. A decisão que, visando assegurar o direito à saúde e considerando o crescimento do número de casos de microcefalia numa determinada região e da sua possível relação com o zika vírus, estabelece impositivamente um plano de combate ao mosquito *aedes aegypti*, prescrevendo uma série de condutas para autoridades municipais. Ou ainda a decisão que, buscando salvaguardar direitos de minorias, impõe a inclusão, na estrutura curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dos povos africanos ou dos povos indígenas”. Note-se que a decisão referida no último exemplo certamente poderia ser a sentença de mérito que julga procedente pedido formulado em mandado de segurança coletivo, já que a discriminação dos afrodescendentes e dos indígenas na sociedade brasileira é fato notório que prescinde de prova (art. 374, I, CPC) e a eventual ausência “de disciplinas ou temas relacionados à história dos povos africanos ou dos povos indígenas”, “na estrutura curricular do ensino público”, pode ser provada exclusivamente por meio de documentos pré-constituídos.

⁶⁶⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 11-12. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

⁶⁶⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 12. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

Em razão da complexidade do conflito em exame, “essas decisões podem (e, muitas vezes, devem) ir além da simples especificação do resultado a ser” alcançado, indicando “os meios para tanto”. A sentença judicial, ao estabelecer a consequência almejada, “pode impor um plano de ação, ou mesmo delegar a criação desse plano a” uma terceira pessoa física ou jurídica, de maneira a alcançar, “de maneira mais” célere “e com o menor sacrifício” possível dos “interesses envolvidos, o resultado” desejado. A decisão “estrutural, de fato, muitas vezes deverá assumir a forma de uma” instituição nova, “criada para acompanhar, implementar e” refletir “sobre a realização do” objetivo “da tutela judicial oferecida”⁶⁶⁸. Entretanto, em outras situações “será impossível estabelecer” desde já “quais serão esses meios adequados. Nesses casos, será essencial “a revisão periódica da decisão, e de sua eficácia”⁶⁶⁹.

Dessa forma, uma decisão pode ser qualificada como estrutural (*structural injunction*) quando procura implementar “uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos”. Por esta razão, “o processo em que ela se constrói é” denominado “processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.”⁶⁷⁰

A complexidade do litígio “estrutural” geralmente impõe a fiscalização constante “e o acompanhamento do cumprimento das linhas gerais estabelecidas pelo Poder Judiciário. Embora isso possa ser feito pelo próprio magistrado, às vezes esse controle imediato será difícil. Por” esta razão, “certa dose de imaginação” será necessária para elaborar instrumentos de fiscalização permanente “e de acompanhamento do cumprimento da(s) decisão(ões) estrutural(is)”. Dessa forma, a sentença pode delegar a execução ou a fiscalização de seu cumprimento a outras pessoas físicas ou jurídicas, criar fases para este, “nomear terceiros para” elaborar plano executivo, “ou adotar outras providências que a situação concreta” exija.

⁶⁶⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 12. Disponível em: < <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

⁶⁶⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 12-13. Disponível em: < <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

⁶⁷⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Notas sobre as decisões estruturantes**. *Civil Procedure Review*, v.8, n.1, p. 48-49, jan./abr. 2017. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 17 dez. 2017.

Portanto, deve existir “ampla margem para a gestão da decisão judicial, de modo a compatibilizá-la com as necessidades” do caso concreto “e com as possibilidades das partes”. O órgão jurisdicional pode, “por exemplo, ditar à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe a escolha dos meios e preservando sua discricionariedade, ou” desde logo, estabelecer, “um cronograma de atividades a serem” realizadas. A decisão pode “impor certas condutas ao réu, ou deixar essa determinação a um órgão técnico especializado”. Da mesma forma, pode “escalonar medidas a serem adotadas no tempo, com prestação de contas periódicas, ou mesmo nomear um interventor fiscalizador para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional”⁶⁷¹.

Tal flexibilização é, sem dúvida, fundamental para a tutela completa e adequada de certos direitos. “A especialização de” determinados “órgãos da Administração Pública pode”, de fato, torná-los muito mais capazes do que o órgão jurisdicional de escolher as “prestações específicas a serem realizadas ou mesmo” de avaliar a “suficiência das medidas adotadas para a proteção do direito tutelado”, até certo ponto, pela decisão judicial. “Por outro lado, a descentralização na fiscalização do cumprimento das diretrizes judiciais permite que o Judiciário concentre seu” esforço na concepção “geral do problema”, “que é mais importante”, “deixando aspectos pontuais e ocasionais à atividade de outros órgãos também comprometidos com o direito tutelado”⁶⁷².

O magistrado deve dispor de uma maior gama de providências para a solução de litígio estrutural “e para a eleição dos mecanismos a serem empregados para chegar” a este objetivo. A fundamentação da decisão judicial deve demonstrar que as medidas executivas eleitas respeitaram o limite da razoabilidade/proporcionalidade. Para isso, “a colaboração das partes - e, de modo mais amplo, dos atingidos pela decisão - e sua participação na formação da(s) decisão(ões) judicial(is) são imprescindíveis”. Apenas “com a mais completa satisfação do contraditório pode-se” conhecer plenamente o problema e as consequências da decisão judicial, para que se possa adotar “a providência mais” apropriada. Por esta razão, o órgão jurisdicional encarregado da tutela coletiva deve realizar audiências públicas, manter diálogo

⁶⁷¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 13. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

⁶⁷² ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 13-14. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

permanente com os interessados, bem como adotar “outras medidas de participação no processo” que se monstrem adequadas⁶⁷³.

As decisões estruturais “foram pensadas para lidar com o caráter burocrático do Estado atual e de várias instituições típicas da sociedade moderna”. Ela se destina a tutelar “os direitos fundamentais diante dos desafios postos por essa burocratização das relações públicas e privadas”. Por esta razão, seu escopo não é somente “o de eliminar uma determinada conduta ilícita, impondo um fazer ou uma abstenção”, mas também o de reestruturar essa “relação burocrática, de” maneira a modificar significativamente o modo “como as interações sociais se” desenvolvem. Consequentemente, “são medidas de longo prazo, que exigem muito mais do que uma simples decisão” judicial⁶⁷⁴.

A nomeação de interventor judicial “não se confunde com a” simples “contratação de terceiro para” a realização “ou desfazimento de obra ou trabalho a que” se refere expressamente o art. 820, CPC, “na disciplina da execução das ‘obrigações de fazer e de não fazer’”. Em primeiro lugar, “porque não implica necessariamente o emprego de meios executivos estritamente sub-rogatórios – podendo prestar-se, também, para a” fiscalização “da conduta do próprio réu. É possível que a” supervisão “tenha por alvo o adequado cumprimento, pelo réu, de deveres infungíveis” – inclusive da integralidade “dos deveres de não fazer originalmente considerados” – “ou de deveres que embora fungíveis, apresentem excessiva complexidade em seu cumprimento”. Assim, tal mecanismo também pode ser utilizado “na concretização da eficácia mandamental do provimento. Nesse sentido, a atuação do interventor é de” importância fundamental “para a aplicação de sanções ‘preventivas’ e ‘simultâneas’, tanto mais porque o poder fiscalizatório será conjugado com o de impor medidas repressivas diretas, se for o caso”⁶⁷⁵.

Mesmo que o interventor “nomeado assuma a função de agir em lugar do réu, a atividade sub-rogada”, embora “fungível, pode ser fluída – “não gerando, necessariamente, uma obra material ou um serviço com contornos definidos”. Dessa forma, o dever de demolir

⁶⁷³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 14. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

⁶⁷⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 14-15. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

⁶⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 276.

ou de construir de um muro, por exemplo, é completamente diferente “de deveres tais como os de”: atender adequadamente “os internos de instituição de recuperação de menores, presídio ou” hospital; se abster de discriminar empregados ou estudantes, no “local de trabalho” ou na escola; “adotar constantes providências” tendentes “a evitar ou impedir que a produção industrial gere danos ao meio ambiente”; e deixar de “praticar infrações à ordem econômica”, “no exercício da atividade empresarial”⁶⁷⁶.

“A hipótese legalmente tipificada de intervenção judicial que se identifica, quanto à função, à providência atípica em exame é a prevista para a execução judicial específica de decisões do” Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), “a fim de reprimir abuso de poder econômico”. Desse modo, os arts. 102 a 111, Lei 12.529/2011, aplicam-se subsidiariamente à intervenção determinada com base nos arts. arts. 139, IV; e 536, §1º, CPC; ou no art. 538, §3º, CPC, “mesmo porque muitas daquelas normas apenas refletem os próprios atributos essenciais da medida”⁶⁷⁷. “O procedimento para a intervenção previsto na Lei” 12.529/2011 “serve de guia para o juiz e também de garantia para as partes da forma como a intervenção será realizada”⁶⁷⁸.

Ao selecionar “a(s) pessoa(s) que se” responsabilizará(ão) pelas “tarefas fiscalizatórias e interventivas, o juiz levará em conta características pessoais e específicas – habilidades especiais do agente e (ou) a confiança nele depositada”. Por esta razão, “não cabe processo licitatório para sua” escolha. O magistrado deve “atribuir o encargo”, “em decisão motivada”, nos termos do art. 93, IX, CRFB/1988 c/c art. 489, §1º, CPC, “a alguém apto a” cumprir as atividades determinadas. “As partes podem impugnar o fiscal ou o interventor escolhido, por motivo de inaptidão ou inidoneidade. Pode-se invocar, nesse ponto, o art.” 103, Lei 12.529/2011, “com as seguintes ressalvas: 1) “tanto o exequente, quanto a pessoa jurídica executada têm legitimidade e interesse processual para a impugnação e não somente esta última, como consta do dispositivo”; 2) “o prazo para impugnar, em princípio, será o geral de

⁶⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 276.

⁶⁷⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 277.

⁶⁷⁸ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 171.

cinco dias” (art. 218, §3º, CPC) e não as reduzidas quarenta e oito horas a que alude aquele dispositivo”⁶⁷⁹.

O órgão jurisdicional pode substituir o fiscal ou o interventor a qualquer tempo, “mediante decisão motivada”, de acordo com o art. 93, IX, CRFB/1988 c/c art. 489, §1º, CPC. “Como se trata de função exercida por pessoa de estrita confiança do juiz, a substituição não está subordinada ao descumprimento de um dever pelo agente”. Entretanto, caso isso venha a ocorrer, “a questão sai da esfera de discricionariedade do magistrado, tornando-se obrigatória a mudança de fiscal ou interventor” (art. 106, §2º, Lei 12.529/2011)⁶⁸⁰.

De acordo com “a dificuldade técnica e quantitativa das providências a” serem adotadas “será investido da tarefa um único agente ou um grupo de pessoas (comitê)”. Pode ser nomeado tanto um particular quanto uma “pessoa que já ocupa cargo público desde que compatível com a incumbência”⁶⁸¹. Entretanto, o interventor não pode ser servidor ou empregado da pessoa jurídica executada, pois isso poderia comprometer a sua independência.

Uma vez investido no “encargo, o particular ou servidor nomeado assume a condição de auxiliar do juízo, submetendo-se ao respectivo regime jurídico, no que tange a poderes, deveres e responsabilidade⁶⁸². Nesse ponto, aliás, a gama de” responsabilidades e deveres “do administrador assume caráter bifronte: por um lado, como *longa manus* do juiz, a subordinação às imposições de agente público; por outro, como substituto dos administradores da entidade intervinda, a submissão ao regime que vigoraria para estes”⁶⁸³. O interventor judicial, entretanto, não se submete a processo administrativo disciplinar da pessoa

⁶⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 278-279.

⁶⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 279.

⁶⁸¹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 279.

⁶⁸² TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 279.

⁶⁸³ Daí a indicação, no art. 106, §2º, Lei 12.529/2011, de que se aplica ao interventor judicial, no que couber o disposto nos arts. 153 a 159 Lei 6.404/1976, que tratam dos deveres e responsabilidades dos administradores de sociedades anônimas. TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 279.

jurídica executada, o que poderia comprometer a sua independência. Sua responsabilidade deve ser apurada em processo judicial.

O órgão jurisdicional deve arbitrar “a remuneração do terceiro nomeado”, e, na medida do possível, determinar que esta seja custeada diretamente pelo réu – evitando “ao máximo que seja” adiantada “pelo autor, que só depois seria reembolsado em execução por quantia certa. No mesmo sentido, aliás, o art.” 109 Lei 12.529/2011 prevê que as despesas da intervenção correrão por conta daquele contra quem ela tiver sido decretada”⁶⁸⁴.

“A intervenção judicial durará o período necessário para” que o “resultado específico” seja alcançado. “A regra do art.” 106, caput, Lei 12.529/2011, de acordo com a qual “a intervenção [...] terá duração máxima de 180 (cento e oitenta) dias”⁶⁸⁵, deve ser adequadamente interpretada. A intervenção deve ser sempre temporária. Deve ser encerrada tão logo completamente “efetivada a tutela – e” incumbe “ao autor da ação, ao juiz e ao interventor tomar todas as medidas para que isso” ocorra “o quanto antes”. Entretanto, “o caráter continuado do dever de fazer ou de não fazer” eventualmente “exigirá a permanência do administrador judicial por prazo superior àquele – e a garantia constitucional de tutela adequada não admitirá tal restrição. É” exatamente “no campo dos direitos fundamentais – por exemplo, para assegurar adequado tratamento a internos de presídio, hospital psiquiátrico, asilo – que se pode fazer mais premente a prolongada atuação de interventores e fiscais judiciais. E”, nesta hipótese, “a cessação do único mecanismo eficiente de tutela em razão do mero decurso de prazo formalmente estabelecido não teria legitimidade constitucional”. Dessa forma, o art. 106, caput, Lei 12.589/2011 “precisa ser conjugado com o art.” 110 “da mesma lei” o qual estabelece “a possibilidade de o interventor” pleitear “a prorrogação do prazo na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda”. Este pedido “e a resposta que lhe dê o juiz deverão ser fundamentados. “O autor da ação” também “pode formular pedido motivado de prorrogação da intervenção, demonstrando que ainda não houve” total “realização do resultado específico. A definição do lapso de tempo que deve durar a intervenção – a exemplo do próprio cabimento da medida – passa pela ponderação

⁶⁸⁴ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 279.

⁶⁸⁵ BRASIL. Lei ° 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

concreta dos valores constitucionais envolvidos”. Assim “como todos os demais provimentos alusivos à intervenção, a decisão sobre o tema será recorrível”⁶⁸⁶.

A intervenção também “poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou” (art. 105, Lei 12.529/2011)⁶⁸⁷.

O juízo pode “investir o agente (ou comitê)” não somente do “poder para interferir sobre o uso dos bens titularizados” pela pessoa jurídica executada, mas também “da possibilidade de intervir na própria administração” desta. “Havendo a pronta colaboração” da executada “(*rectius*: de seus administradores” ou da autoridade coatora), o terceiro designado” agirá “como fiscal e consultor – limitando-se, nesse caso, a dar sugestões ou até traçar um ‘plano de ação’ a ser” adimplido pela executada. Mas, mesmo neste caso, ele pode “atuar constritivamente – nos limites previamente fixados pelo juiz, e sempre sob o controle deste” – , caso a executada venha a descumprir a ordem judicial⁶⁸⁸.

O parágrafo único do art. 102, Lei 12.529/2011, aplicável subsidiariamente ao processo do mandado de segurança, estabelece que “a decisão que determinar a intervenção” deve indicar, “clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado”. Entretanto, nem sempre é possível definir exaustiva e minuciosamente “a tarefa a ser” realizada. Nessa hipótese, o órgão jurisdicional terá “de fixar diretrizes gerais e acompanhar o concreto desempenho do interventor”. Dessa forma, “embora o juiz fixe os parâmetros e objetivos da atuação a ser empreendida – e a mantenha sobre o seu controle –, o auxiliar designado”, algumas vezes, conserva “ampla margem de alternativas quanto aos caminhos a adotar. Afinal, a nomeação de fiscal-interventor” é necessária naqueles casos em que a precisa “forma de consecução do resultado específico” permanece indefinida: “sabe-se

⁶⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 280.

⁶⁸⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 280. BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

⁶⁸⁸ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 280.

com exatidão o fim que se deve atingir, mas não se pode prever os exatos percalços por que se passará”⁶⁸⁹.

A Lei 12.529/2011 confere ao interventor “o poder de, nos limites da sua investidura, atuar concretamente as medidas sub-rogatórias e repressivas diretas necessárias à consecução do resultado específico”⁶⁹⁰. No entanto, o administrador não pode instituir medidas coercitivas autonomamente⁶⁹¹.

A intervenção judicial baseada no art. 536, §1º, CPC é possível, mesmo nas hipóteses em que a decisão judicial determinar a prática de atos da competência do chefe do Poder Executivo, já que o interventor não substituirá este na totalidade de suas funções, mas se limitará a praticar aqueles atos. Os arts. 34 a 36 da CRFB/1988 disciplinam apenas a intervenção de um ente federativo sobre outro, mas não a intervenção do Judiciário sobre a chefia do Executivo dentro de uma mesma esfera federativa⁶⁹².

⁶⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 281.

⁶⁹⁰ O art. 108, I, Lei 12.529/2011 prevê que compete ao interventor “praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução” e o art. 111 da mesma lei estabelece que: “Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, na forma dos arts. 329, 330 e 344 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”. BRASIL. Lei 12.529/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 29 jun. 2014.

⁶⁹¹ Sob esse aspecto, a atuação do administrador judicial, no direito brasileiro, é mais limitada do que a do *administrator* ou *committe*, no direito norte-americano, incumbido de obstar tratamentos discriminatórios no âmbito trabalhista (Título VII do *Civil Rights Act*). A estes é geralmente conferido o poder de adotar providimentos sancionatórios contra a parte que insista na conduta indevida e, mesmo, o poder de instaurar verdadeiro e próprio *contempt proceeding*, a fim de que a parte cumpra voluntariamente a decisão judicial. A gama de poderes que parece viável atribuir ao interventor judicial em nosso sistema – na medida em que dela se exclui o poder sancionatório autônomo contra atos de desobediência – aproxima-se mais daquela conferida aos *Human Right Committes* para assegurar o adequado tratamento a internos em hospitais, presídios, reformatórios, etc. TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 282.

⁶⁹² Em sentido contrário, TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 283: “Verdadeiro limite absoluto à intervenção como medida atípica tem-se, isso sim, nos casos em que a providência exigiria parcial restrição à atuação ou o afastamento de chefe do Poder Executivo. E que as hipóteses de cabimento de tal intervenção estão taxativamente previstas na Constituição Federal (arts. 34 a 36), assim como seus requisitos e modo de processamento. Nem se argumente que as regras em pauta visariam apenas a disciplinar a intervenção de um ente federativo sobre outro, mas não a intervenção do Judiciário sobre a chefia do Executivo dentro de uma mesma esfera federativa. As normas constitucionais sobre intervenção traçam limites nos dois planos da divisão de “poderes” – o vertical (Federação) e o horizontal (separação de “poderes” ou funções). Daí por que, por exemplo, mesmo quando o Governador do Estado descumpra decisão da própria Justiça Estadual, a intervenção haverá de observar o procedimento indicado no art. 36 da Constituição - cabendo ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça requisitá-la (art. 36,11), conforme a matéria envolvida”.

Não obstante os arts. 139, IV; 536, §1º; e 538, §3º, CPC, fundamentem a determinação da intervenção judicial na pessoa jurídica ré no processo do mandado de segurança a aplicação analógica dos arts. 102 a 111, da Lei 12.529/2011, à este feito garante a observância dos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/1988) e da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, CRFB/1988)⁶⁹³, “mesmo porque, muitas daquelas normas apenas refletem os próprios atributos essenciais da medida”⁶⁹⁴.

A intervenção/fiscalização judicial baseada nos arts. 139, IV; 536, §1º; 538, §3º, CPC, se assemelha aos “mecanismos através dos quais, no direito norte-americano, os *administrators* ou *committees*, *masters*, *monitors* ou *board of monitors*, *ombudsmen* e outros agentes, na condição de auxiliares do juízo, dão efetividade a *institutional decrees*”⁶⁹⁵.

Nos Estados Unidos da América, diversos tipos de interventores prestam “assistência ao juiz na missão de dar cumprimento às *structural injunctions*. O auxiliar” do juízo “que menos interfere na rotina do réu é” o “denominado *master*, cuja função é obter informações e dar recomendações”. Também pode “ser indicado com o intuito de definir a melhor maneira de se pôr em prática a decisão concedida”⁶⁹⁶.

Outro tipo de sujeito processual que auxilia o magistrado “é o *monitor*, que exerce a função de verificar se o réu está” cumprindo a “obrigação e se os objetivos estão sendo alcançados. Esta opção é indicada para casos complexos”. O juiz também “pode fazer uso do *mediator*, cuja tarefa é ajudar a encontrar o significado da decisão, os padrões para o seu

⁶⁹³ Nesse sentido, referindo-se ao revogado CPC/1973, BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 171, defende que: “a utilização da intervenção judicial mostra-se viável para a busca do cumprimento de tutela específica diante da autorização do art. 461, parágrafo 5º, do CPC, seguindo-se o procedimento para a intervenção previsto na Lei Anti-Truste, que serve de guia para o juiz e também de garantia para as partes da forma como a intervenção será realizada.”

⁶⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 277.

⁶⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 276.

⁶⁹⁶ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 81: “Exemplificando, o master nomeado para atuar no caso de reestruturação do Departamento Prisional do Texas podia observar, monitorar, encontrar provas e testemunhar sobre suas observações, bem como elaborar recomendações sobre os passos que o juiz deveria seguir para obter o cumprimento da decisão judicial, inclusive contratar assistentes para ajudá-lo nesse fim. Todavia, era-lhe vedado intervir na administração das prisões, determinar ações a serem tomadas pelo réu, ou mesmo proibi-lo de realizar outras”.

atendimento e o ritmo em que deverá se dar; ou ainda de um *administrator*, que possui papel executivo, atuando em seu próprio nome”⁶⁹⁷.

Finalmente, a intervenção assume a sua “forma mais drástica e intrusiva” com “o *receiver*, que é o que mais intervém na rotina da instituição sob reestruturação”. A sua utilização é limitada e somente “será autorizada quando nenhum outro” tipo de interventor “se mostrar apto para a obtenção do cumprimento da decisão judicial, posto as demais medidas se mostrarem insuficientes”⁶⁹⁸.

Uma intervenção tão intensa, “seja no patrimônio público, seja no privado, é admitida por ter o juiz amplos poderes para dar efetivo cumprimento às suas ordens, e também em” razão “de o réu não” cumprir, espontaneamente, aquilo que foi “determinado pelo Judiciário”⁶⁹⁹.

No que concerne ao processo civil que se desenvolve perante a justiça federal norte-americana, a *Rule 70 (a)*, das *Federal Rules of Civil Procedure*, “permite o uso de agentes indicados pelo juízo para se obter o cumprimento das decisões judiciais. O uso dos *receivers* é, portanto, positivado na legislação.”⁷⁰⁰.

A função do *receiver* “é substituir os funcionários do réu completa e temporariamente, com” o propósito delimitado de “garantir a execução da ordem judicial”. Enquanto os *monitors* e os *special masters* prestam ajuda ao tribunal, “o *receiver* assume a completa responsabilidade de gerenciar a entidade sobre a qual recai a intervenção, tendo amplíssimos poderes para tomar providências que levem ao atendimento do direito violado na prática”⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 81.

⁶⁹⁸ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 81-82.

⁶⁹⁹ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 82.

⁷⁰⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *THE NATIONAL COURT RULES COMMITTEE. Federal Rules of Civil Procedure*. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org>>. Acesso em: 21 dez. 2017: “*Rule 70 – Enforcing a Judgment for a Specific Act (a) Party’s Failure to Act; Ordering Another to Act. If a judgment requires a party to convey land, to deliver a deed or other document, or to perform any other specific act and the party fails to comply within the time specified, the court may order the act to be done – at the disobedient party’s expense – by another person appointed by the court. When done, the act has the same effect as if done by the party.*”. BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 82.

⁷⁰¹ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 83.

O juiz somente nomeará um receiver quando não for “possível o uso de outra medida para obter o cumprimento da decisão judicial” e “o seu uso” for “razoável diante do caso concreto”. Para aferir tal razoabilidade, considerará alguns fatores, tais “como as características do autor e a natureza da decisão, o contexto no qual os fatos aconteceram, bem como a complexidade dos atos e o tipo de decisão emanada, além da própria conduta do réu”⁷⁰².

A nomeação de um *receiver* “raramente será a primeira opção adotada, diante da exigência de somente ser aplicada no caso de os outros meios à disposição do juízo falharem no” objetivo “de obter a observância da ordem judicial. Assim”, a princípio, “impõem-se penas por *Contempt* ou realizam-se acordos, buscando dirimir o problema consensualmente”. O juiz somente nomeará um *receiver* se essas opções falharem⁷⁰³.

Não obstante “a invasão decorrente da nomeação de um *receiver*” seja a forma mais drástica de intervenção, “apresenta vantagens em relação ao sistema de imposição de multas”, “em determinados casos extremos”. “Isso ocorre porque, se o réu não tem condições de” “se reorganizar para cumprir a ordem judicial, “com seus próprios esforços”, “e, ainda, em virtude disso, tiver de” pagar multas pesadas, provavelmente acabará falindo, “sem ter logrado êxito na observância da decisão exarada”⁷⁰⁴.

Por outro lado, a nomeação de um receiver permite que “o valor que seria” despendido com o pagamento de multas seja empregado diretamente no cumprimento daquilo que foi “determinado pelo juízo através do agir do terceiro. Ademais, se as multas forem impostas a” entidades da administração pública, certamente “serão pagas com o dinheiro de impostos, ou, em outras palavras, serão custeadas indiretamente pela população, que, ao invés de receber o serviço adequado, tal como reconhecido pelo Poder Judiciário como devido, pagará multas pelo” descumprimento da ordem emitida⁷⁰⁵.

Além disso, é evidente que a medida tem um potencial muito grande para “eliminar a desobediência a ordens judiciais”, uma vez “que o alcance do cumprimento das ordens

⁷⁰² BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 84.

⁷⁰³ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 84.

⁷⁰⁴ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 84.

⁷⁰⁵ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 84.

judiciais acaba por proteger a legitimidade dos tribunais ao evitar que alguns réus se mostrem acima da lei”⁷⁰⁶.

Tanto servidores públicos quanto particulares podem ser nomeados pelo juízo para exercer a função de *receiver*. Da mesma maneira, “tanto réus públicos” como privados podem sofrer intervenção⁷⁰⁷.

De acordo com as circunstâncias do caso concreto, os *receivers* podem ter de concretizar decisões judiciais muito diferentes, exercer atividades diversificadas, ou desenvolver um tipo de relação diversa com o Poder Judiciário. Por tal razão “é necessária a nomeação de profissional com conhecimento específico exigido pelo caso *sub judice*, para que as chances de a medida ser bem-sucedida aumentem”, uma vez que o objetivo da intervenção sempre é “o de atender na prática ao direito reconhecido como devido por decisão judicial”⁷⁰⁸.

“Nos Estados Unidos” da América, os *receivers* “são vistos como símbolos do perigo relacionado ao ativismo judicial”. Entretanto, significam, ao mesmo tempo “uma oportunidade de o juízo se utilizar de mão de obra qualificada para dar cumprimento às suas decisões”⁷⁰⁹.

A experiência norte-americana mostra que o juiz deve observar três requisitos para que o emprego dos *receivers* seja bem sucedido no cumprimento de decisão judicial: em primeiro lugar, deve “fixar claramente os objetivos a serem alcançados”, em segundo, deve “nomear *experts* na área exigida”, que disponham de tempo “para se dedicar ao exercício desse ofício, e” em terceiro, deve se envolver na execução, quer tomando contas do trabalho dos *receivers*, quer revendo suas decisões, quer proferindo novas decisões caso isso venha a se revelar necessário. Se esses três requisitos não forem observados, a decisão provavelmente “não será adequadamente cumprida, a despeito” da utilização “de medida tão drástica”⁷¹⁰. Tais

⁷⁰⁶ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 84.

⁷⁰⁷ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 85.

⁷⁰⁸ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 85.

⁷⁰⁹ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 85.

⁷¹⁰ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 85-88: “Em face da experiência norte-americana no uso de *receivers*, é possível apontar aspectos a serem observados para que o seu emprego se mostre bem-sucedido na prática. O primeiro deles é ser imprescindível que o juiz, quando determinar a forma

requisitos devem igualmente ser observados pelo órgão jurisdicional brasileiro que vier a determinar a intervenção em entidade da Administração Pública, no processo do mandado de segurança.

A utilização de *receivers* no cumprimento de uma decisão judicial retira “a responsabilidade da instituição sob intervenção de buscar ser bem-sucedida em sua administração” e é muito cara, tendo em vista que os honorários a serem pagos a esse auxiliar do juízo “pelo serviço prestado” são inevitavelmente altos⁷¹¹, em razão de sua elevada

como a decisão judicial deverá ser cumprida, fixe claramente o ponto a que se quer chegar, ou seja, deve haver o desenho de uma porta de saída indicando quando a intervenção terá fim. Note-se que, na prática, a intervenção tende a ter longa duração, visto impor valores sobre uma instituição e, indiretamente, sobre toda a sociedade. Exemplificando com casos que tiveram lugar no Judiciário norte-americano, vemos que Brown apenas teve fim em 1999 (a sua propositura data de 1951); Ruiz v. Estelle, um dos primeiros casos de melhorias em prisão, foi encerrado em 2002, e *Gautreaux v. Chicago Housing Authority*, que teve seu início em 1966, encontrava-se ativo em 2004, conforme noticiado por David Zaring. Isso ocorre, geralmente, em virtude de a determinação sobre aonde se quer chegar com a imposição de um receiver não ser fácil, pois, [...] é muito comum que haja incertezas inclusive nos limites do direito a ser garantido à parte, quicá no que tange à forma de lhe dar cumprimento, bem como quando o direito terá sido adequadamente atendido, indicando o final da intervenção. Mesmo diante dessas incertezas, fato é que, quanto mais clara for a decisão, indicando precisamente quando, como e por que a intervenção terá fim, maiores serão as chances de se apresentar bem-sucedida. Importante frisar que a intervenção deverá ser obrigatoriamente finalizada, e se esse fim se apresentar impossível de ser alcançado por meio das medidas determinadas pelo juiz ou pelo *receiver*, evidente será que os meios inicialmente fixados para buscar a observância do decreto judicial devem ser alterados, sob pena de a intervenção se perpetuar, o que nunca é desejado. No julgamento do caso *Board of Education v. Dowell*, por exemplo, foram estabelecidos os seguintes passos a serem cumpridos para que fosse reconhecido o fim da intervenção: i) determinar-se o distrito escolar está obedecendo à decisão judicial de boa-fé; ii) estabelecer se os vestígios da discriminação passada foram eliminados em uma extensão aceitável. Nesse exemplo, portanto, *ab initio*, foram indicados os objetivos a serem alcançados com a intervenção, de modo que, sendo implementados, ela deverá ter seu fim decretado. Segundo, para a intervenção realmente alcançar os fins colimados é indispensável que o profissional indicado para ser o *receiver* seja versado na área em que terá de atuar e disponha de tempo para exercer esse papel. Por exemplo, a decisão que determinou o remodelamento dos abrigos públicos na cidade do Kansas apenas colheu algum resultado quando o terceiro receiver foi nomeado. Neste caso, os dois primeiros indicados para a função não tinham conhecimento de como se administrava um abrigo público, nem dispunham de tempo suficiente para exercer o papel de auxiliar do juízo, já que essa era uma atividade paralela à sua profissão principal. Assim, apenas a terceira tentativa obteve sucesso na implementação das políticas públicas determinadas, pois quem assumiu o encargo foi uma empresa especializada em administrar abrigos públicos. Outro fator crucial para o sucesso da medida é o envolvimento do juiz com o cumprimento de sua ordem, acompanhando-a e realizando adaptações que se mostrem necessárias ao desenvolvimento das tarefas. O juiz, ao colocar uma instituição sob intervenção, fatalmente acompanhará o seu dia a dia, estabelecendo relação direta tanto com o interventor, que precisa ser controlado e prestar-lhe contas, como com aqueles que fazem uso de seus serviços. Somente com um regime contínuo de supervisão se alcança a observância do quanto determinado judicialmente”.

⁷¹¹ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 88-90: “O uso de receiver também apresenta problemas, embora em muitos casos apenas ele se mostre apto a dirimir o litígio equacionado por decisão judicial na prática. [...] o receiver acaba por substituir o réu e, assim, afasta a sua responsabilidade sobre o sucesso na administração da instituição sob intervenção, por ser transferida para o receiver e, por consequência, para o juízo. Esse problema é mais premente no caso de os réus serem instituições públicas. Quando o Judiciário gerencia determinado setor, retira-se do governo a responsabilidade sobre este, o que acaba por confundir os eleitores. Por exemplo, ao determinar a intervenção nas escolas segregadas não recairá sobre o governo o ônus pelo racismo nas escolas, mas, sim, sobre o Judiciário. Em situações graves, portanto, os políticos que sofrem a intervenção inclusive agradecem por ela, já que o peso de dar certo ou não sai de seus ombros para recair sobre os do Judiciário.

qualificação e prolongada atuação. Tais problemas provavelmente decorrerão da decretação da intervenção em entidade da Administração Pública, no processo do mandado de segurança, e devem ser levados em consideração pelo juiz ao decidir sobre a questão.

O professor norte-americano David I. Levine sugere que o juiz deve “fixar os honorários” do interventor “com base no que recebem os advogados em geral, de acordo com a categoria a que pertencem, multiplicando-se o número de horas utilizadas para o desenvolvimento do trabalho pelo valor razoável da hora/trabalho” e que este critério deve ser temperado pelos seguintes fatores: o fato de o interventor ter deixado “de realizar outro trabalho” em razão do desempenho da intervenção; “limitações de tempo impostas” para o exercício da intervenção; resultados obtidos pelo interventor; “ser a posição” de interventor “desejável ou não” no caso em exame; “ganhos de outros interventores em casos similares”; “atrasos nos pagamentos”; e “considerações quanto à responsabilidade profissional do cargo”⁷¹².

Tal fato acaba também por dar mais tempo para os governantes se dedicarem a áreas menos problemáticas e, assim, passar uma imagem de eficiência que na prática não existe, pois a atenção dada aos demais setores da administração apenas foi possível porque o Judiciário assumiu as áreas mais complicadas de administrar. [...] esses problemas são aumentados quando há nomeação de receiver, porque receivership pode criar debilitação política, dando aos oficiais do governo incentivo para suportar as intervenções do Judiciário sobre suas instituições falidas a fim de evitar responsabilidade e remover a organização onerosa da sua carga de trabalho. O Judiciário pode estar abrindo a porta para a realocação de responsabilidade de funções tradicionalmente executivas para os seus braços. Ademais, a adoção de um receiver, geralmente, é medida extremamente onerosa. Por ser necessária a nomeação de um *expert* na área de atuação exigida pela medida para que o seu trabalho tenha chances de alcançar sucesso, ou seja, profissional cuja eficiência é notória e que, em regra, cobrará honorários altos, condizentes com sua qualificação, é imprescindível que essas pessoas, quando “contratadas” pelo Judiciário para desenvolver tal trabalho, sejam pagas adequadamente. Há certo consenso, ao menos na Justiça norte-americana, de que devem ser remuneradas de acordo com o que recebem no desenvolvimento do seu trabalho no âmbito privado.”

⁷¹² LEVINE, David I.. *Calculating fees of special masters*. *Hastings Law Journal*, San Francisco: University of California: Hastings College of Law, v. 37, p. 185-193 e 199, set. 1985. Disponível em: <https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1404&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 22 dez. 2017: “*Federal courts have considered several fee standards in the recent past: first, unbounded discretion of the trial court; second, application of a test, developed by the Supreme Court in Newton, that compensation should be "liberal but not exorbitant"; third, the Hart/Reed H & IV method of basing the fee on one-half of the prevailing rates for commercial attorneys; and fourth, the Reed III approach of basing the fee on some variation of the lodestar method of setting attorney's fees. This Article has proposed that the lodestar method be adopted with appropriate modifications to suit the case of special masters. After setting a lodestar, based on a reasonable hourly rate and hours reasonably spent by the special master, the court should consider a variety of factors that might affect the lodestar. These factors include preclusion of other employment, time limitations imposed, results obtained, desirability and undesirability of the position, awards in similar cases, delay of payment, and professional responsibility considerations. In many instances, the court will adjust the lodestar downward as a result of these factors; the court is less likely to make an upward adjustment. This Article also has proposed that a special master normally should be compensated even for an unsuccessful defense on appeal of a fee award. Finally, although this Article has focused on calculating fees for remedial special masters, the standards proposed here can be utilized readily to establish the fee of any special master.*”. Cf., ainda, BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 90.

Quanto à fixação dos honorários do interventor nomeado no processo do mandado de segurança, o juiz deve adotar os seguintes critérios: o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo interventor; o tempo exigido para o serviço deste⁷¹³; o fato de o interventor ter deixado “de realizar outro trabalho” em razão do desempenho da intervenção; “limitações de tempo impostas” para o exercício da intervenção; resultados obtidos pelo interventor; “ser a posição” de interventor “desejável ou não” no caso em exame; “ganhos de outros interventores em casos similares”; “atrasos nos pagamentos” dos honorários do interventor; e “considerações quanto à responsabilidade profissional do cargo”⁷¹⁴.

Exemplo interessante de interventor judicial pode ser encontrado no Direito italiano. Trata-se do *comissario ad acta* que, de acordo com o art. 21 do *Codice del Processo Amministrativo* italiano⁷¹⁵, é o funcionário público nomeado pelo juízo administrativo como auxiliar adequado no âmbito do *giudizio de ottemperanza*⁷¹⁶ para o fim de emanar os provimentos que deveriam ter sido emitidos pela Administração Pública⁷¹⁷.

⁷¹³ Cf. os incisos do §2º, do art. 84, do CPC.

⁷¹⁴ LEVINE, David I.. *Calculating fees of special masters*. *Hastings Law Journal*, San Francisco: University of California: Hastings College of Law, v. 37, p. 185-193 e 199, set. 1985. Disponível em: <https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1404&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 22 dez. 2017.

⁷¹⁵ O art. 21 do *Codice del Processo Amministrativo* italiano dispõe que: “Art. 21. *Commissario ad acta*. 1. *Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta. Si applica l'articolo 20, comma 2*”. Tradução: “Art. 21. *Comissário ad acta*. 1. No âmbito da própria jurisdição, o juiz administrativo, se deve substituir-se à Administração, pode nomear como auxiliar adequado um comissário *ad acta*. Aplica-se o art. 20, §2º”. (Tradução nossa). De acordo com os arts. 21 e 20, §2º, do *Codice del Processo Amministrativo* italiano e com o art. 51 do *Codice di Procedura Civile* italiano, o comissário *ad acta* pode ser recusado pelas partes em casos de impedimento ou suspeição. ITÁLIA. *Codice del processo amministrativo*. Disponível em: <http://www.giustizia-amministrativa.it/codice_processo_ammvo/testo_codice.htm>. Acesso em: 21 abr. 2014.

⁷¹⁶ O *giudizio de ottemperanza*, que significa “juízo de obediência”, concerne à execução da sentença proferida pela Justiça Administrativa italiana e é disciplinado pelo Título I do Livro IV do *Codice del Processo Amministrativo* italiano (arts. 112 a 115). O art. 114 do *Codice del Processo Amministrativo* italiano dispõe que: “Art. 114. *Procedimento*. [...] 4. *Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso: [...] d) nomina, ove occorra, un commissario ad acta; [...] 6. Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario*”. Tradução: “Art. 114. *Procedimento*. [...] 4. O juízo, em caso de acolhimento da ação: [...] d) nomeia, quando necessário, um comissário *ad acta*. 6. O juízo conhece de todas as questões relativas à exata adoção da obediência, aí compreendidas aquelas inerentes aos atos do comissário O art. 117, §§3º-4º, do Título III – *Tutela contro l'inerzia della pubblica amministrazione* – do Livro IV do *Codice del Processo Amministrativo* também faz referência ao *commissario ad acta*, dispondo que: “Art. 117. *Ricorso avverso Il silenzio*. [...] 3. *Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata. 4. Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario*”. Tradução: “Art. 117. *Ação contra o silêncio*. [...] 3. O juízo nomeia, quando necessário, um comissário *ad acta* com a sentença com que define o mérito ou, posteriormente, a pedido da parte interessada. 4. O juízo conhece de todas as questões relativas à exata adoção do provimento requerido, aí compreendidas aquelas inerentes aos atos do comissário”. (Tradução nossa). Idem.

O comissário *ad acta* é uma figura de construção jurisprudencial que só recentemente recebeu explícito reconhecimento positivo. É datada de 1928 a primeira pronúncia do Conselho de Estado⁷¹⁸ que reconheceu ao juízo administrativo a possibilidade de valer-se do instrumento comissarial, inicialmente limitado exclusivamente à matéria de execução dos provimentos do juízo ordinário nos confrontos das autoridades administrativas⁷¹⁹ no âmbito do juízo de *ottemperanza*⁷²⁰.

O comissário *ad acta*, em consequência da sua irrupção pretoriana no panorama da Justiça Administrativa, se afirma progressivamente como instrumento idôneo a enfrentar as inércias das atividades administrativas e a assegurar tempestivamente a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos em confronto com atos da administração pública, princípio consagrado pelos arts. 24 e 113 da Constituição italiana⁷²¹.

Seu encargo tornou-se, na elaboração jurisprudencial sucessiva, o de garantir, sob o plano administrativo, a execução dos atos jurisdicionais e do julgado administrativo⁷²².

As escassas e insuficientes disposições normativas especificamente dedicadas à figura do comissário *ad acta* foram compensadas pela jurisprudência, inclusive da Corte Constitucional, que procurou, em sinergia com a melhor doutrina, reconstruir sua natureza e estabelecer seus limites, também em relação às consequências administrativas dos provimentos do comissário⁷²³.

Quanto à natureza jurídica do comissário *ad acta*, na doutrina emergiram três orientações que concebem de forma diversificada a relação administrativa entre o comissário e a administração substituída. Assim, tal relação é definida como de identificação entre

⁷¹⁷ PRUDENZANO, Lorenzo. *Commissario ad acta*. In: Altalexpedia: enciclopedia giuridica online. Verbetes atualizado em: 23 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=13680>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

⁷¹⁸ Cons. St., sez. IV, 9 marzo 1928, n. 181, in Foro italiano, 1928, p. 102 ss.

⁷¹⁹ Cf. art. 27, n. 4, *T.U. Cons. St.*

⁷²⁰ PRUDENZANO, Lorenzo. *Op. cit.*

⁷²¹ Cf. A. Travi, *Esecuzione delle sentenze (diritto amministrativo)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dirigido por S. Cassese, III, Milano, 2006, p. 2266. apud PRUDENZANO, Lorenzo. *Op. cit.*

⁷²² V. Caputi Jambrenghi, *Commissario ad acta*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, p. 286 apud PRUDENZANO, Lorenzo. *Op. cit.*

⁷²³ PRUDENZANO, Lorenzo. *Op. cit.*

comissário e ente, ou em termos de uma relação servil entre comissário e juiz, e frequentemente se evidencia o caráter dúplice do comissário⁷²⁴.

Segundo uma primeira teoria, a circunstância de que os atos administrativos adotados pelo comissário *ad acta* obrigam a administração para o exterior, sendo a essa imputáveis, é sintomática do fato de que o comissário nada mais é que um órgão extraordinário da administração, o qual, seja somente pelo desenvolvimento de um conjunto determinado ou determinável de atos, exercita atividade objetiva e subjetivamente administrativa⁷²⁵. Consequência de similar reconstrução é que os atos do comissário, justamente porque atribuíveis diretamente à administração, podem ser anulados em via de autotutela da administração sub-rogada⁷²⁶.

Para uma segunda corrente interpretativa, a circunstância de que o comissário derive toda a sua legitimação da nomeação jurisdicional, e que o seu mandato institucional consista em dar execução a uma sentença, constitui indicador do “pertencimento” do comissário ao juízo. A sua função é assim qualificável como meramente auxiliar e servil àquela jurisdicional. Esta tese se sustenta na jurisprudência⁷²⁷, também em razão do importante aval de dois pronunciamentos da Reunião Plenária do Conselho de Estado⁷²⁸ e da Corte Constitucional italiana⁷²⁹ e é defendida, também por prestigiada doutrina⁷³⁰.

⁷²⁴ PRUDENZANO, Lorenzo. Op. cit.

⁷²⁵ Em doutrina, F. Favara, *Ottemperanza al giudicato e attribuzioni amministrative regionali*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 1977, p. 379; V. Vacirca, *L'impugnazione dei provvedimenti adottati dal commissario giudiziale ad acta*, in *Foro amministrativo*, 1982, p. 258; ID, *Riflessioni sulla natura giuridica del commissario giudiziale ad acta*, *ivi*, 1983, p. 379; na jurisprudência não faltam pronunciamentos nesse sentido: Cass., ss.uu. 19 marzo 1999, n. 166; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 6 dicembre 2010, n. 2873; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 7 dicembre 2010, n. 4625) apud PRUDENZANO, Lorenzo. Op. cit.

⁷²⁶ PRUDENZANO, Lorenzo. Op. cit.

⁷²⁷ Cf., por último, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 1 fev. 2011, n. 188; Cons. St., sez. IV, 14 fev. 2006, n. 583 apud PRUDENZANO, Lorenzo. Op. cit.

⁷²⁸ ITÁLIA. *Adunanza Plenaria Consiglio di Stato*, 14 jul. 1978, n. 23; em tal ocasião a Reunião decidiu que o comissário *ad acta* não é órgão de administração ativa, nem mesmo extraordinário, e, tampouco, órgão de controle, mas, ao contrário, de órgão do juízo de *ottemperanza*, ainda que a designação passe através da interposição de um órgão administrativo encarregado de proceder ao pronunciamento. PRUDENZANO, Lorenzo. Op. cit.

⁷²⁹ ITÁLIA. *Corte costituzionale*. 12 maggio 1977, n. 75. Em tal sede se especificou que apesar dos efeitos jurídicos dos atos administrativos elaborados pelo comissário *ad acta* em linha de princípio em nada difiram daqueles próprios da administração, aquilo que qualifica particularmente a figura é a legitimação que lhe provém diretamente da função jurisdicional. PRUDENZANO, Lorenzo. Op. cit.

⁷³⁰ M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, p. 1157; A.M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Diritto e società*, 1982, p. 19; F.G. SCOCA, *Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità*, in *Foro italiano*, 1979, p. 74; C. Malinconico, *L'impugnazione degli atti commissariali nel giudizio di*

O reconhecimento do pertencimento do órgão ao juízo comporta naturalmente que o juízo da nomeação tem competência para apreciar as contestações sobre o conteúdo dos provimentos comissariais, o qual exercita sobre este um controle imanente, com a consequência de que um eventual ato de “autotutela” por parte da administração seria ilegítimo em razão da incompetência do órgão administrativo⁷³¹.

Entre estas duas teses extremas, se insere uma orientação de caráter intermediário, que apesar de considerar ambas as posições admissíveis em abstrato, distingue as hipóteses em que as funções do comissário *ad acta* são substancialmente vinculadas daquelas em que essas, ao contrário, se caracterizam por destacadas margens de discricionariedade, como ocorre, por exemplo, quando o juiz administrativo se limita a declarar o dever de prover, efetuando a nomeação *sic et simpliciter*, sem nada dispor ulteriormente. Consequentemente, quando se tratar de atividade vinculada (dir-se-ia “executiva”), o comissário é qualificado como órgão

ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993, p. 481; A. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amministrativo*, 1987, p. 1651; V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, p. 1011 apud PRUDENZANO, Lorenzo. Op. cit.

⁷³¹ Assim, V. Caianiello, *Manuale*, cit., p. 1010 apud PRUDENZANO, Lorenzo. Op. cit. No mesmo sentido, Danielle Giannini observa que “[...] il giudice dell’ottemperanza ‘sorveglia’ continuamente l’attività del commissario ad acta, monitorando le operazioni che egli compie per garantire l’esatta ottemperanza, ricevendo le contestazioni che le parti sollevano in ordine al suo operato e fornendogli tutti i chiarimenti che egli richianda. [...] il commissario ad acta traendo i suoi poteri non dalla P.A. ma da una sorta di ato di delega promanante dal giudice dell’ottemperanza, va qualificato come organo ausiliario del giudice e non come organo straordinario della P.A. Di conseguenza, esso è ritenuto un organo giurisdizionale i cui atti, parimenti giurisdizionali, sono impugnabili con reclamo al giudice dell’ottemperanza (Cons. St., sez. IV, 27 abr. 2005, n. 1952; Cons. St., ad. Plen., 14 jul. 1978, n. 23). [...] In aderenza a tale tesi, poi, si deve ritenere che l’amministrazione non possa né impugnare gli atti del commissario né annullare in sede di autotutela la determinazione del commissario ad acta ritenuta illegittima, perché attuativa della concreta e intangibile regola *regula juris* derivante dal giudicato; secondo questa prospettiva, infatti, la P.A. può solo chiedere al giudice dell’ottemperanza di verificare se il suo ausiliario abbia bene inteso le statuizioni derivanti dal giudicato medesimo ed abbia comunque risolto *secundum ius* la controversia esaminata in sede di ottemperanza: alla luce del novello art. 112, comma 5, c.p.a., si deve ritenere che tali richieste dell’Amministrazione passino attraverso la proposizione della c.d. ottemperanza di chiarimento”. GIANINNI, Daniele. **Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo**. Milão: Giuffrè Editore, 2011, p. 4. Tradução: “[...] o juiz da ottemperanza ‘vigia’ continuamente a atividade do comissário ad acta, monitorando as operações que ele cumpre para garantir a exata ottemperanza, apreciando as impugnações que as partes levantam quanto ao seu trabalho e fornecendo-lhes todos os esclarecimentos que estas requeiram. [...] o comissário ad acta, trazendo os seus poderes não da administração pública mas de um tipo de ato de delegação emanado do juízo de ottemperanza, é qualificado como órgão auxiliar do juiz e não como órgão extraordinário da administração pública. Consequentemente, este é considerado um órgão jurisdicional cujos atos, igualmente jurisdicionais, são impugnáveis com reclamação ao juízo de ottemperanza” (Cons. St., sez. IV, 27 abr. 2005, n. 1952; Cons. St., ad. Plen., 14 jul. 1978, n. 23). [...] Em aderência a tal tese, depois, se deve considerar que a administração não possa nem impugnar os atos do comissário, nem anular em sede de autotutela a determinação do comissário *ad acta* considerada ilegítima, porque atuante da concreta e intangível *regula juris* derivada do julgado; (Tradução nossa).

auxiliar do juízo, quando, ao invés, permanecem margens de discricionariedade, o mesmo é considerado como órgão extraordinário da administração⁷³².

Uma terceira orientação considera inaceitáveis as consequências do acolhimento das duas teses extremas e errônea a tese metodológica segundo a qual o comissário deve pertencer ao juízo ou à administração. Esta corrente qualifica o comissário *ad acta* como órgão dividido e irredutível a categorias esquemáticas rígidas⁷³³.

O comissário *ad acta* é um órgão auxiliar do juízo. As disposições do *Codice del processo amministrativo* italiano deixam isso claro. De fato, o próprio texto do art. 21 confirma que o juiz nomeia o comissário não para inseri-lo no tecido administrativo, mas como seu auxiliar⁷³⁴. Já os artigos 114, §6º⁷³⁵, e 117, §4º⁷³⁶ (sobre os recursos contra o

⁷³² Nesse sentido, na doutrina, L. Mazzaroli, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1990, p. 226; na jurisprudência, Tar Campania, Napoli, sez. V, 18 out. 2000, n. 19885; Cons. St., sez. VI, 30 dez. 2004 n. 8275, in *Foro amministrativo C.d.S.* 2004, 12, 3607; Cons. St., sez. V, 17 abr. 2002 n. 2006, *ivi*, 2002, 927.

⁷³³ S. Giacchetti, *Il giudizio d'ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministrativa*, Relazione al Convegno per l'anniversario dell'istituzione del C.G.A., in *Giurisprudenza amministrativa siciliana*, 1988, p. 36 ss; ed ora in *Lexitalia.it*; ID., *Il commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza: si apre un dibattito*, in *Foro amministrativo*, 1986, p. 1967; na jurisprudência Cons. giust. amm. sic.; 21 dicembre 1982, n. 92. PRUDENZANO, Lorenzo. Op. cit.

⁷³⁴ O art. 21 do *Codice del processo amministrativo* italiano estabelece, *in verbis*: “21. *Commissario ad acta*. 1. *Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta. Si applica l'articolo 20, comma 2*”. Tradução: “21. *Comissário ad acta*. 1. No âmbito da própria jurisdição, o juiz administrativo, caso deva substituir-se à administração, pode nomear como próprio auxiliar um comissário ad acta. Aplica-se o art. 20, §2º”. (Tradução nossa). Já o art. 20, §2º, do *codice del processo amministrativo* italiano dispõe que: “20. *Obbligo di assumere l'incarico e ricusazione [...]* Il consulente, o il verificatore, può essere ricusato dalle parti per i motivi indicati nell'articolo 51 del codice di procedura civile. Della ricusazione conosce il giudice che l'ha nominato”. ITÁLIA. *Codice del processo amministrativo*. Disponível em: <http://www.giustizia-amministrativa.it/codice_processo_ammvo/testo_codice.htm>. Acesso em: 12 jul. 2014. Tradução: “20. Dever de assumir o encargo e recusa [...] O perito, ou o fiscal, pode ser recusado pelas partes pelos motivos indicados no art. 51 do *codice di procedura civile*. Da recusa conhece o juiz que o nomeou”. O art. 51 do *codice di procedura civile* dispõe, *in verbis*: “Art. 51. (Astensione del giudice) Il giudice ha l'obbligo di astenersi: 1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto; 2) se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori; 3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inamicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori; 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico; 5) se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa. In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio, l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore”. ITÁLIA. *Codice di procedura civile*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33724>>. Acesso em: 13 jul. 2014. Tradução: “Art. 51 (Abstenção do juiz) O juiz tem o dever de abster-se: 1) se tem interesse na causa ou em outro processo em curso sobre idêntica questão de direito; 2) se ele mesmo ou sua mulher é parente até o quarto grau ou ligado por vínculos de afiliação, ou é convivente ou convidado habitual de uma das partes ou de algum dos defensores; 3) se ele mesmo ou sua mulher tem causa pendente ou grave inimizade ou relações de crédito ou débito com uma das partes ou algum dos seus defensores; 4) se deu conselho ou prestou patrocínio na causa, ou depôs nesta como testemunha, ou a

silêncio), que atribuem ao juiz da nomeação a competência para decidir sobre as questões relativas à exata adoção do provimento exigido, aí compreendidos aqueles inerentes aos atos do comissário, induzem a deduzir que seja o juiz o verdadeiro *dominus* dos efeitos dos provimentos comissariais⁷³⁷.

Trata-se de uma tese confirmada seja pela doutrina posterior à emanção do *Codice del processo amministrativo* italiano⁷³⁸, seja pela mais recente jurisprudência do Conselho de Estado⁷³⁹ e dos tribunais administrativos regionais⁷⁴⁰.

conheceu como magistrado em outra fase do processo ou como árbitro ou prestou assistência aí como assistente técnico; 5) se é tutor, curador, administrador de sustento, procurador, agente ou fornecedor de trabalho de uma das partes; se, além disso, é administrador ou gerente de um ente, de uma associação ainda não reconhecida, de um comitê, de uma sociedade ou estabelecimento que tem interesse na causa. Em todo outro caso em que existam graves razões de conveniência, o juiz pode requerer à chefia do ofício a autorização para abster-se; quando a abstenção diz respeito à chefia do ofício, a autorização é pedida à chefia do ofício superior”.

⁷³⁵ “114. *Procedimento* [...] 6. *Il giudice conosce di tutte le questioni relative all’ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta. Avverso gli atti del commissario ad acta le stesse parti possono proporre, dinanzi al giudice dell’ottemperanza, reclamo, che è depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni. Gli atti emanati dal giudice dell’ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell’articolo 29, con il rito ordinario*”. ITÁLIA. *Codice del processo amministrativo*. Disponível em: <http://www.giustizia-amministrativa.it/codice_processo_ammvo/testo_codice.htm>. Acesso em: 12 jul. 2014. Tradução: “114. Procedimento [...] 6. O juiz conhece de todas as questões relativas à *ottemperanza*, bem como, entre as partes em cujo confronto se formou o julgado, daquelas inerentes aos atos do comissário *ad acta*. Contra os atos do comissário *ad acta* as mesmas partes podem propor, perante o juízo de *ottemperanza*, reclamação, que é depositada, com notificação prévia às contrapartes, no prazo de sessenta dias. Os atos emanados pelo juiz da *ottemperanza* ou pelo seu auxiliar são impugnáveis pelos terceiros estranhos ao julgado no sentido do art. 29, com o rito ordinário”. (Tradução nossa).

⁷³⁶ “117. *Ricorsi avverso il silenzio* [...] 4. *Il giudice conosce di tutte le questioni relative all’esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario*”. ITÁLIA. *Codice del processo amministrativo*. Disponível em: <http://www.giustizia-amministrativa.it/codice_processo_ammvo/testo_codice.htm>. Acesso em: 12 jul. 2014. Tradução: “117. Recursos contra o silêncio [...] 4. O juiz conhece de todas as questões relativas à exata adoção do provimento exigido, aí compreendidos aqueles inerentes aos atos do comissário”. (Tradução nossa).

⁷³⁷ GIANINNI, Daniele. *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo*. Milão: Giuffrè Editore, 2011, p. 186 e 187. No mesmo sentido, PRUDENZANO, Lorenzo. Op. cit.

⁷³⁸ Cf. C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Turim, 2010, p. 288; V. Salamone, *I riti speciali nel nuovo processo amministrativo*, in <www.giustizia-amministrativa.it>, 2010; S. Pieroni, Commento all’art. 21, in R. Garofoli, G. Ferrari, *Codice del processo amministrativo*, I, Roma, 2010, p. 310 apud PRUDENZANO, Lorenzo. Op. cit.

⁷³⁹ Cf., por último, Cons. St., sez. V, 21 jan. 2010, n. 443, para a qual deve ser confirmada a orientação majoritária segundo a qual o comissário desenvolve sempre atividade substancialmente jurisdiccional e tal atividade é instrumental à ordem recebida na decisão de nomeação. PRUDENZANO, Lorenzo. Op. cit.

⁷⁴⁰ Tar Sicilia, Catania, sez. II, 7 dicembre 2010, n. 4625, para a qual o art. 21 e 114, §4º, “a” e §6º do *codice del processo amministrativo* teriam definido a referida controvérsia jurisprudencial a cerca da natureza e impugnabilidade do comissário *ad acta* no sentido da natureza de auxiliar do juiz. PRUDENZANO, Lorenzo. Op. cit.

O comissário *ad acta* nomeado pode ser impugnado pelas partes e pelos terceiros interessados em casos de impedimento ou suspeição⁷⁴¹.

O juízo de *ottemperanza* goza de grande discricionariedade na individuação do comissário *ad acta*, tendo em vista o elevado caráter fiduciário da sua nomeação. De qualquer modo, certamente deve tratar-se de um sujeito competente na matéria tratada⁷⁴².

A partir da interpretação sistemática da Constituição Federal, do CPC, da Lei 12.529/2011, e da Lei 12.106/2009, podemos chegar às seguintes conclusões:

O juízo incumbido do mandado de segurança pode decretar a intervenção na pessoa jurídica executada, com fundamento nos arts. 139, IV; 536, §1º; e 538, §3º, CPC; e nos arts. 102 a 111, da Lei 12.529/2011, por até 180 dias, quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.

A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado.

O Juiz somente deve decretar a intervenção na pessoa jurídica executada quando os demais meios executivos houverem-se mostrado ineficazes.

A pessoa jurídica executada ou o exequente poderão impugnar o interventor, em 5 (cinco) dias, provando sua inaptidão ou inidoneidade.

O juiz abrirá vista da impugnação à contraparte por 5 (cinco dias), devendo decidir em igual prazo.

Sendo a impugnação julgada procedente, o juiz nomeará novo interventor no prazo de 5 (cinco) dias.

A intervenção poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou.

O interventor judicial submete-se, exclusivamente, ao regime jurídico dos auxiliares do juízo.

A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade.

A remuneração do interventor será arbitrada pelo Juiz, que poderá substituí-lo a qualquer tempo, sendo obrigatória a substituição quando incorrer em insolvência civil, quando

⁷⁴¹ Cf. art. 21 e 20, §2º, do *Codice del processo amministrativo* italiano e art. 51 do *Codice de procedura civile* italiano. GIANINNI, Daniele. *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo*. Milão: Giuffrè Editore, 2011, p. 187.

⁷⁴² GIANINNI, Daniele. *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo*. Milão: Giuffrè Editore, 2011, p. 187-188.

for sujeito passivo ou ativo de qualquer forma de corrupção ou prevaricação, ou infringir quaisquer de seus deveres.

Compete ao interventor: praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução; denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas por servidores da pessoa jurídica executada, das quais venha a ter conhecimento; e apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades.

As despesas resultantes da intervenção correrão por conta da pessoa jurídica contra quem ela tiver sido decretada.

Decorrido o prazo da intervenção, o interventor apresentará ao juiz relatório circunstanciado de sua gestão, propondo a extinção e o arquivamento do processo ou pedindo a prorrogação do prazo na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda.

O exequente pode pedir a prorrogação do prazo da intervenção, caso a decisão exequenda não tenha sido integralmente cumprida.

Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, na forma dos arts. 329, 330 e 344 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

De qualquer forma, para que não restem dúvidas acerca dessas conclusões, sugerimos o acréscimo dos seguintes artigos, na Lei 12.016/2009, que as consagrem expressamente.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 36. O Juiz decretará a intervenção na pessoa jurídica executada, por até 180 dias, quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor. Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 37. O Juiz somente decretará a intervenção na pessoa jurídica executada quando os demais meios executivos houverem-se

	mostrado ineficazes.
--	----------------------

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 38. A pessoa jurídica executada ou o exequente poderão impugnar o interventor, em 5 (cinco) dias, provando sua inaptidão ou inidoneidade. Parágrafo único. O juiz abrirá vista da impugnação à contraparte por 5 (cinco dias), devendo decidir em igual prazo.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 39. Sendo a impugnação julgada procedente, o juiz nomeará novo interventor no prazo de 5 (cinco) dias.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 40. A intervenção poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 41. O interventor judicial submete-se, exclusivamente, ao regime jurídico dos auxiliares do juízo.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 42. A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade. Parágrafo único. A remuneração do interventor será arbitrada pelo Juiz, que poderá substituí-lo a qualquer tempo, sendo obrigatória a substituição quando incorrer em insolvência civil, quando for sujeito passivo ou ativo de qualquer forma de corrupção ou prevaricação, ou infringir quaisquer de seus deveres.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 43. Compete ao interventor: I - praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução; II - denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas por servidores da pessoa jurídica executada, das quais venha a ter conhecimento; e III - apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 44. As despesas resultantes da intervenção correrão por conta da pessoa jurídica contra quem ela tiver sido decretada.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 45. Decorrido o prazo da intervenção, o interventor apresentará ao juiz relatório circunstanciado de sua gestão, propondo a extinção e o arquivamento do processo ou pedindo a prorrogação do prazo na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda. Parágrafo único. O exequente pode pedir a prorrogação do prazo da intervenção, caso a decisão exequenda não tenha sido integralmente cumprida.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 46. Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, na forma dos arts. 329, 330 e 344 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

CONCLUSÕES

1. Historicamente, o legislador procurou tutelar o direito evidenciado por prova documental pré-constituída, violado por “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”, por meio de um procedimento especial, mais simples e célere do que o comum. Assim, qualquer futura reforma nas disposições normativas que regem o mandado de segurança deve perseguir tal escopo, sem contudo eliminar, ou sacrificar em demasia o contraditório.

2. Todos aqueles que têm legitimidade para pedir a tutela definitiva do direito, no mandado de segurança, a têm para requerer a tutela provisória: o(s) impetrante(s), o Ministério Público, em qualquer hipótese constitucional de intervenção sua, o(s) sócio(s) de pessoa jurídica de direito privado no exercício de atribuições do poder público que vier(em) a ser executados em razão de desconsideração da personalidade jurídica e o *amicus curiae*, quando tal poder lhe for fundamentadamente concedido pelo órgão jurisdicional.

3. O substituto processual, no mandado de segurança coletivo, tem legitimidade para pleitear a tutela definitiva ou provisória do direito do substituído.

4. Caso a situação de urgência ou de evidência venha a se caracterizar após a intimação da autoridade coatora para prestar informações, o impetrante poderá valer-se da tutela provisória, tal como prevista no Código de Processo Civil. Contudo, como propomos, nesta tese (*infra*), que a prestação de informações da autoridade coatora seja feita por meio do órgão de representação judicial da pessoa jurídica a qual esta pertence, após a citação, sugerimos a inserção do seguinte parágrafo ao art. 7º, Lei 12.016/2009:

Lei 12.016/2009	Proposta de emenda à Lei 12.016/2009
Sem correspondente	Art. 7º [...] §7º Caso a situação de urgência ou de evidência venha a se caracterizar após a citação da pessoa jurídica ré, o impetrante poderá valer-se da tutela provisória, tal como prevista no Código de Processo Civil.

5. Não existe restrição temporal ao requerimento e à concessão da tutela provisória incidental no mandado de segurança, com fundamento nos dispositivos do CPC que tratam desta (arts. 294 a 302 e 311).

6. Deve-se fazer aplicação subsidiária do art. 311, CPC, ao procedimento do mandado de segurança. Entretanto, o juiz somente pode conceder a liminar em mandado de segurança baseada unicamente na evidência quando as alegações de fato formuladas pelo autor em sua petição inicial “puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”, ou quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada” de requisição sujeita a termo já esgotado, ou realizada sem amparo legal, “caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”⁷⁴³. Assim, deve aplicar o art. 311, II, ou III, e parágrafo único, CPC, subsidiariamente, ao procedimento do mandado de segurança, quando as respectivas hipóteses se configurarem no caso concreto. Entretanto, para que não restem dúvidas quanto a esta possibilidade, sugerimos a inserção de novo parágrafo no art. 7º, Lei 12.016/2009, com a seguinte redação:

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente	Art. 7º [...] §6º. A liminar será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; II - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada da requisição sujeita a termo já esgotado, ou realizada sem amparo legal, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

7. A tutela de urgência somente pode ser concedida liminarmente quando o risco de dano ou de ilícito justificar a postergação do contraditório. De qualquer forma, o órgão jurisdicional

⁷⁴³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 579.

deve fundamentar a decisão por meio da qual a concede. Da mesma maneira, havendo pedido de liminar, o juízo deve fundamentar a decisão através da qual determina a citação do réu e posterga a análise da tutela provisória de urgência. Nos dois casos, a fundamentação deve obedecer aos requisitos exigidos pelo art. 489, §1º, CPC. Este raciocínio também vale para a liminar em mandado de segurança, baseada em urgência e em evidência, fora dos casos do art. 311, II, III, e parágrafo único, CPC.

8. A outorga liminar da tutela provisória da evidência e de urgência ou só da evidência, nos casos do art. 311, II e III, parágrafo único, CPC, inclusive no procedimento do mandado de segurança, não viola a garantia do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988), pois, tão somente o posterga para concretizar as garantias do acesso ao direito (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e da celeridade (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988). Trata-se de conferir acesso ao direito por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) dentro de prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988).

9. O juiz pode conceder a tutela provisória na sentença de mérito do mandado de segurança, caso seus requisitos venham a ser preenchidos neste momento.

10. Nos casos em que a medida liminar é permitida no mandado de segurança, a concessão da tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidental na sentença a favor do impetrante é desnecessária, já que a apelação e a remessa necessária não têm efeito suspensivo, em razão da regra especial do art. 14, §3º, Lei 12.016/2009, que não foi derogada pela regra geral do art. 496, caput, CPC. Entretanto, como o art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009, que estabelece vedações à liminar em mandado de segurança, é inconstitucional, a apelação e a remessa necessária não terão efeito suspensivo no mandado de segurança, salvo quando este for concedido em favor da Fazenda Pública, por estarem presentes, no caso concreto, os requisitos da tutela provisória da evidência e/ou da urgência. De qualquer forma, a tutela provisória de urgência cautelar, deve ser concedida, a pedido, na sentença do mandado de segurança, tanto a favor do impetrante quanto da pessoa jurídica ré, quando seus requisitos estiverem presentes nos caso concreto.

11. A tutela provisória pode ser requerida e concedida a qualquer parte, em qualquer recurso e em qualquer fase do processo do mandado de segurança, sempre que presentes, no caso concreto, os requisitos do art. 300 ou do 311, CPC.

12. Caso a situação de urgência ou de evidência venha a se configurar após o proferimento da decisão recorrida, o interessado poderá requerer a concessão da tutela provisória “ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito” do recurso (art. 299, parágrafo único, CPC), nas razões recursais ou por meio de petição simples, inclusive no processo do mandado de segurança.

13. Incumbe ao relator apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos interpostos contra decisão interlocutória ou sentença proferida no processo do mandado de segurança (art. 932, II, CPC).

14. Quando o mandado de segurança for de competência originária de tribunal em razão da autoridade coatora, compete ao relator apreciar o pedido de tutela provisória (art. 932, II, CPC).

15. As hipóteses específicas de tutela da evidência recursal do art. 932, IV e V, CPC, se aplicam ao processo do mandado de segurança.

16. Nos casos dos incisos II, IV e V, do art. 932, CPC, cabe agravo interno da decisão monocrática do relator, proferida no processo do mandado de segurança, que concedeu ou indeferiu o pedido de tutela provisória (art. 1.021, CPC).

17. A interposição de recurso contra decisão interlocutória ou sentença, proferida no processo do mandado de segurança, não impede que a decisão recorrida produza seus efeitos, “salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”. Não obstante, o relator pode suspender a eficácia da referida decisão, se estiverem presentes os requisitos da tutela de urgência (art. 995, CPC).

18. Se a tutela da evidência ou “de urgência” for “cassada ou modificada” “na sentença” proferida no processo do mandado de segurança, “a parte poderá, além de interpor recurso, pleitear o respectivo restabelecimento na instância superior, na petição de recurso ou em via autônoma”.

19. A apelação tem, em regra, efeito suspensivo (art. 1.012, caput, CPC). Contudo, em determinadas “hipóteses previstas em lei”, a exemplo daquelas arroladas no art. 1.012, §1º, CPC e no art. 14, §3º, Lei 12.016/2009, referente ao mandado de segurança, a sentença “começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação”. Nesses casos, o impetrante do mandado de segurança apelado pode pedir o cumprimento provisório da sentença que concedeu a segurança, depois da publicação desta (art. 1.012, §2º, CPC). Por outro lado, a pessoa jurídica ré ou a autoridade coatora apelante pode requerer a concessão de efeito suspensivo à apelação que interpôs em caso de evidência de seu direito ou de urgência, devendo dirigir seu requerimento ao “tribunal, no período compreendido entre a interposição” deste recurso e a “sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para” julgá-lo; ou ao “relator, se já distribuída a apelação” (art. 1.012, §3º, CPC). Demonstrando a pessoa jurídica ré ou a autoridade coatora apelante a evidência de seu direito, ou os pressupostos da tutela da urgência, o relator deverá, a pedido da recorrente, suspender a eficácia da sentença (art. 1.012, §4º, CPC). A impugnação à decisão interlocutória suscitada em preliminar de apelação (art. 1.009, §1º, CPC) não está sujeita ao efeito suspensivo deste recurso, nos casos dos arts. 14, §3º, e 7º, §2º, Lei 12.016/2009.

20. Quando não se configurarem as hipóteses de não conhecimento do recurso (art. 932, III, CPC) ou de negação de provimento a este (art. 932, IV, CPC), o relator do agravo de instrumento pode, a pedido do interessado, que tanto pode ser o impetrante do mandado de segurança, quanto a pessoa jurídica ré ou a autoridade coatora, “atribuir efeito suspensivo” a este “ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal” (art. 1.019, I, CPC), quando o direito do recorrente for evidente ou houver situação de urgência, por estarem demonstrados o *periculum in mora* e o *fumus bonus iuris*.

21. A interposição de embargos de declaração, seja pelo impetrante do mandado de segurança, seja pela pessoa jurídica ré ou pela autoridade coatora, não suspende, por si só, os efeitos da decisão embargada. Contudo, o juiz ou relator que proferiu esta pode suspender seus efeitos, a pedido do embargante, desde que este demonstre a evidência de seu direito, ou que estão preenchidos os pressupostos da tutela de urgência (art. 1.026, caput e §1º, CPC).

22. O relator dos embargos de divergência interpostos no processo do mandado de segurança pode atribuir efeito suspensivo a este recurso caso estejam presentes os pressupostos da tutela de urgência, descritos no art. 995, parágrafo único, CPC.

23. A tutela provisória de urgência incidental ou de evidência, aplicável ao mandado de segurança, vem ao encontro das garantias fundamentais do acesso ao direito por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988). Entretanto, não é, por si só, capaz de efetivá-las plenamente, já que, por ser baseada em cognição sumária, a tutela provisória é precária e não faz coisa julgada material. Assim, não oferece a segurança jurídica (art. 5º, caput, CRFB/1988) da sentença ou do acórdão de mérito, que, por serem fundados em cognição exauriente, são idôneos a fazer coisa julgada material.

24. O direito líquido e certo, pressuposto do processo do mandado de segurança, é evidente. Assim, a sentença de mérito de procedência, baseada em cognição exauriente, proferida neste processo, constitui tutela definitiva da evidência.

25. A tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidental e a tutela da evidência, concedida no processo do mandado de segurança, inclusive em caráter liminar, pode se estabilizar, nas hipóteses em que a lei não impõe a remessa necessária (art. 496, §§3º e 4º, CPC), caso a pessoa jurídica ré não venha a impugná-la, de nenhuma forma, no prazo do recurso cabível, tendo em vista a aplicação, a este processo do art. 304, §5º, CPC.

26. A liminar em mandado de segurança e a tutela provisória, em geral, não podem ser concedidas de ofício pelo juiz, em razão da garantia fundamental da inércia da jurisdição (arts. 2º, 141 e 492, caput, CPC), essencial à preservação da liberdade das partes e da imparcialidade do juiz, que tem o dever de conferir tratamento isonômico a estas (art. 139, I, CPC).

27. Diante da omissão dos representantes legais do incapaz e do Ministério Público em requerer tutela provisória para a salvaguarda de direito fundamental deste, o juiz deve, por força dos princípios da cooperação (art. 6º, CPC) e do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988), adverti-los da necessidade de formular tal pedido. Caso o órgão do *Parquet* deixe de requerer a tutela provisória, mesmo depois de advertido, o juízo poderá recorrer ao chefe daquela instituição, em aplicação subsidiária do art. 28, do CPP. Em qualquer caso, o magistrado deve acatar a decisão final do Ministério Público, acerca da não formulação do pedido, tomada por seu Procurador-Geral. Entretanto, deve conceder a tutela provisória de urgência de ofício,

quando o decurso do tempo necessário para a advertência ou para o eventual recurso ao chefe do *Parquet* puder fazer perecer o direito do incapaz. Haverá neste caso, contudo, interesse da parte incapaz de recorrer contra a decisão que concedeu a tutela provisória de urgência em seu favor. Fora desta hipótese excepcional, o juiz somente pode conceder tutela provisória de ofício nos casos expressamente previstos em lei, desde que a norma legal não afronte a Constituição Federal, isto é, desde que o sacrifício das garantias fundamentais da imparcialidade e da independência se justifique em razão da salvaguarda de direito fundamental de incapaz.

28. A possibilidade de concessão liminar da tutela provisória baseada, exclusivamente, na evidência, prevista no art. 311, parágrafo único, CPC, é constitucional. Trata-se de ponderação realizada pelo legislador entre a garantia fundamental do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988), de um lado, e as garantias fundamentais do acesso ao direito material por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988), de outro, que passa pelo teste da razoabilidade/proporcionalidade. O legislador privilegiou estas garantias em detrimento daquela, tendo em vista que, nos casos previstos pelos incisos II e III, do parágrafo único do art. 311, CPC, o dano marginal decorrente da demora do processo é mais provável do que o erro judiciário e que o Direito não pode permitir que o réu se beneficie de sua resistência processual injustificada. Nestas hipóteses, a ampla defesa e o contraditório não são eliminados, mas, tão somente, postergados, tendo em vista a reversibilidade da tutela da evidência. Assim, a liminar em mandado de segurança concedida, tão somente, na evidência do direito do impetrante, com fundamento no art. 311, II ou III, e parágrafo único, CPC, é constitucional.

29. A liminar em mandado de segurança constitui tutela provisória de urgência e/ou de evidência. Somente será tutela da evidência, quando presentes os requisitos do art. 311, CPC. Caso o documento apresentado ou referido pelo autor seja prova de requisição sujeita a termo ou sem amparo legal que a Fazenda Pública lhe impôs, a liminar em mandado de segurança poderá constituir tutela da evidência, independentemente de qualquer outro requisito.

30. Embora o art. 7º, III, Lei 12.016/2009, se refira, tão somente, à suspensão do ato impugnado, a liminar em mandado de segurança pode abranger qualquer conteúdo permitido pelo ordenamento jurídico e idôneo: a evitar ou a fazer cessar a prática de ilícito, a remover os

efeitos práticos de ilícito, a efetivar obrigação de fazer, a evitar ou reparar dano ou a garantir o resultado útil do processo.

31. Apesar de o art. 300, §3º, CPC, se aplicar ao processo do mandado de segurança, a liminar e a tutela provisória posterior à intimação da autoridade coatora para prestar informações, podem ser concedidas, neste feito, em casos de irreversibilidade recíproca, quando, em um juízo de ponderação, o direito fundamental do impetrante se mostrar mais relevante do que o erário, no caso concreto.

32. A vedação à liminar em mandado de segurança, nas hipóteses do art. 7º, §2º, Lei 12.016/2009, e a extensão de tais proibições à tutela provisória regulada pelo CPC, ou por qualquer outra lei, são inconstitucionais, pois violam o núcleo mínimo das garantias fundamentais do acesso ao direito por meio do processo judicial e da duração razoável do processo. A não concessão da liminar, quando a urgência a exige, significa privar o demandante de seu direito material, permitindo que este pereça. Assim, propomos a revogação dos §§2º e 5º, art. 7º, Lei 12.016/2009 e do art. 1º, caput, Lei 8.437/1992, para que não haja dúvida de que a liminar em mandado de segurança, bem como qualquer outra modalidade de tutela provisória, pode ser deferida sempre que seus pressupostos legais estiverem presentes.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração da Lei n.º 12.016/2009
Art. 7º [...] § 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.	Art. 7º [...] §2º Revogado.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração da Lei n.º 12.016/2009
Art. 7º [...] § 5º As vedações relacionadas	Art. 7º [...] §5º Revogado.

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

Lei n.º 8.437/1992	Proposta de alteração da Lei n.º 8.437/1992
Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.	Revogado.

33. Tendo em vista que o juiz pode conceder a tutela provisória na sentença (art. 1.012, §1º, inciso V, CPC), quando verificar que seus requisitos estão presentes neste momento, e que a efetivação da tutela provisória deve observar as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber, (art. 297, parágrafo único, CPC), qualquer dispositivo que vede, de forma peremptória, a execução provisória contra Fazenda Pública, a exemplo do art. 2º-B, Lei 9.494/1997, é inconstitucional, pois inviabiliza o acesso à justiça e a duração razoável do processo, ao impedir a efetivação da tutela provisória. Assim, propomos a revogação do art. 2º-B, Lei 9.494/1997, para que fique clara a possibilidade de cumprimento provisório de sentença contra a Fazenda Pública.

Lei n.º 9.494/1997	Proposta de alteração Lei n.º 9.494/1997
Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios,	Revogado.

inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.	
--	--

34. Caso o autor narre e demonstre *periculum in mora* e peça, tão somente, tutela provisória de evidência, no processo do mandado de segurança, mas não logre demonstrar a evidência de seu direito, nos estritos termos do art. 311, CPC, o juiz deve conceder a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidental, se verificar que seus requisitos estão presentes. Da mesma forma, tendo o autor requerido, unicamente, tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidental, neste feito, mas demonstrado a evidência de seu direito, tal como definida pelo referido artigo, o juiz deverá conceder a tutela da evidência. Trata-se de corolário do princípio do acesso ao direito material por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988).

35. Constatando, diante das circunstâncias do caso concreto, que a observância da regra do art. 22, §2º, Lei 12.016/2009 e do art. 2º, Lei 8.437/1992 pode comprometer a eficácia da tutela de urgência, o juiz deve, tendo em conta o postulado normativo da proporcionalidade/razoabilidade, reduzir o prazo de que dispõe o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, ou mesmo conceder a liminar sem a oitiva deste. Assim, propomos as seguintes alterações na legislação, para que tal dever de conduta do magistrado fique claro:

Lei 12.016/2009	Proposta de alteração da Lei 12.016/2009
Art. 22, §2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.	Art. 22, §2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas. §3º O juiz poderá reduzir o prazo referido no §2º a até 24 (vinte e quatro) horas ou mesmo deferir a liminar sem a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de

	direito público, quando o perigo da demora o justificar.
--	--

Lei 8.437/1992	Proposta de alteração Lei 8.437/1992
Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.	Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas. Parágrafo único. O juiz poderá reduzir o prazo referido no caput a até 24 (vinte e quatro) horas ou mesmo deferir a liminar sem a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, quando o perigo da demora o justificar.

36. Os §§ 3º e 4º do art. 496, CPC, que estabelecem exceções à regra do duplo grau de jurisdição obrigatório se aplicam ao procedimento do mandado de segurança, já que o art. 14, §1º, Lei 12.016/2009, não os derroga, de forma expressa, não se aplicando, portanto, o princípio da especialidade. Além disso, não é razoável que a remessa necessária seja aplicada ao procedimento do *mandamus*, projetado para ser o mais célere possível, em virtude da existência de prova documental pré-constituída, quando não o é ao procedimento comum. O art. 496, §3º, CPC, somente não poderá ser aplicado ao mandado de segurança, quando não for possível determinar, até o momento de interposição da apelação, “o proveito econômico obtido na causa”. Isso porque, embora o direito pleiteado por meio do mandado de segurança seja líquido e certo, a sentença pode, eventualmente, ser ilíquida, o que impedirá a aplicação do art. 496, §3º, CPC. De qualquer modo, sugerimos que as hipóteses de exceção à regra do duplo grau de jurisdição obrigatório sejam expressamente previstas pela Lei 12.016/2009, para que não restem dúvidas quanto à sua aplicação a este procedimento.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Art. 14. Da sentença, denegando ou	Art. 14. Da sentença, denegando ou

<p>concedendo o mandado, cabe apelação.</p> <p>§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição. [...]</p>	<p>concedendo o mandado, cabe apelação.</p> <p>§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição. [...]</p> <p>§5º Não se aplica o disposto no §1º deste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:</p> <p>I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;</p> <p>II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;</p> <p>III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.</p> <p>§6º Também não se aplica o disposto no §1º deste artigo quando a sentença estiver fundada em:</p> <p>I - súmula de tribunal superior;</p> <p>II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;</p> <p>III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;</p> <p>IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.</p>
--	--

37. Quando, ao despachar a petição inicial do mandado de segurança, o magistrado verificar que esta não foi instruída com os documentos necessários à prova do direito subjetivo alegado pelo autor, pretensamente líquido e certo, deverá, em atenção aos princípios do acesso ao direito por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988), do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988), e da cooperação (art. 6º, CPC), determinar que o impetrante emende a petição inicial para adaptá-la ao procedimento adequado ou para apresentar os documentos que provem os fatos constitutivos de seu alegado direito subjetivo, em 15 dias, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 321, CPC). Caso o autor venha a apresentar os documentos necessários, o processo do mandado de segurança prosseguirá normalmente. Se adaptar sua petição inicial ao procedimento adequado, o processo prosseguirá por este, devendo o juiz declarar quais atos processuais praticados no procedimento inadequado são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados. Todos os atos praticados no procedimento inadequado que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados naquele adequado. Esta é a solução prevista pelo art. 700, §5º, CPC, para a ação monitória ajuizada sem prova documental idônea, que deve ser analogicamente aplicada ao procedimento do mandado de segurança.

38. O art. 1º, §3º, Lei 8.437/1992, não impede a concessão de liminar satisfativa no mandado de segurança⁷⁴⁴ ou em qualquer outro procedimento. Não obstante, como sua redação confusa dá margem a esta interpretação equivocada, como verificado em algumas decisões judiciais, recomendamos a revogação do dispositivo, até porque a regra geral do art. 300, §3º, CPC, continuaria em vigor.

Redação atual Lei 8.437/1992	Proposta de alteração Lei 8.437/1992
Art. 1º [...] §3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.	Art. 1º, §3º Revogado.

39. Somente a liminar em mandado de segurança de natureza antecipada (satisfativa) pode se estabilizar, mas não aquela de natureza cautelar. Da mesma forma, a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa), concedida no processo do mandado de segurança, após a

⁷⁴⁴ CÂMARA, Alexandre A. F. F.. **Manual do mandado de segurança**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 162.

intimação da autoridade coatora para prestar informações, pode se estabilizar; mas a tutela provisória de urgência cautelar, concedida neste feito, após a intimação da autoridade coatora para prestar informações, não pode se estabilizar.

40. Caso o autor venha a manifestar interesse, em sua petição inicial, na estabilização da tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidental requerida na exordial, na eventualidade de o réu deixar de impugnar a decisão concessiva, por qualquer meio, no prazo do recurso cabível, e isto, de fato, vier a ocorrer, o processo será extinto sem resolução do mérito, por meio de uma sentença terminativa, e a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidente se estabilizará, devendo-se aplicar, por analogia, o regime de estabilização, revisão, reforma e invalidação previsto pelo art. 304, CPC. A estabilização pode ocorrer tanto quando a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidente é concedida liminarmente, quanto quando é deferida após a intimação da autoridade coatora para prestar informações no processo do mandado de segurança. Nesse caso, a liminar em mandado de segurança que consista em tutela provisória de urgência (ou em tutela provisória de urgência e de evidência) deve se estabilizar caso a Fazenda Pública deixe de oferecer qualquer tipo de impugnação à mesma e à própria ação no prazo legal para interpor o recurso cabível.

41. A tutela provisória baseada apenas em evidência somente pode ser requerida e concedida em caráter incidental. Apesar disso, pode se estabilizar, caso o autor manifeste interesse na estabilização, em sua petição inicial, na eventualidade de o réu deixar de impugnar a decisão concessiva, por qualquer meio, no prazo do recurso cabível, e isto, de fato, vier a ocorrer. Aplica-se à tutela da evidência, por analogia, o regime de estabilização, revisão, reforma e invalidação previsto pelo art. 304, CPC. Assim, o processo será extinto sem resolução do mérito, por meio de uma sentença terminativa, e a tutela da evidência se estabilizará se o autor manifestar, em sua petição inicial, interesse na estabilização da tutela da evidência e, uma vez concedida esta, por meio de uma decisão interlocutória de mérito, o réu deixar de impugná-la, por qualquer meio, no prazo do recurso cabível. A estabilização pode ocorrer tanto quando a tutela provisória de evidente é concedida liminarmente, quanto quando é deferida após a intimação da autoridade coatora para prestar informações no processo do mandado de segurança. Assim, entendemos que, nesse caso, a liminar em mandado de segurança que consista em tutela provisória de evidência (ou em tutela provisória de evidência e de urgência)

deve se estabilizar caso a Fazenda Pública deixe de oferecer qualquer tipo de impugnação à mesma e à própria ação no prazo legal para interpor o recurso cabível.

42. O art. 303, caput, §1º, I, e §5º, CPC, não se aplicam ao procedimento do mandado de segurança, tendo em vista a sua especialidade. Assim, a petição inicial do *mandamus* deve ser completa, cumprindo todos os requisitos dos arts. 319 e 320, CPC. Assim, verificando o juiz que a exordial do mandado de segurança não preenche tais requisitos, “ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado”. Se o impetrante “não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.” (art. 321, CPC).

43. Quando a liminar em mandado de segurança constitui tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidental ou tutela da evidência, a esta se aplica, analogicamente, a estabilização prevista pelo art. 304, CPC. Assim, caso a pessoa jurídica ré deixe de impugnar, por qualquer meio, a decisão concessiva da medida liminar, em mandado de segurança, e a própria ação, no prazo do recurso cabível, o processo será extinto e a medida liminar se estabilizará (art. 304, caput, e §1º, CPC). Qualquer das partes pode demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a medida liminar estabilizada (art. 304, §2º, CPC). A medida liminar estabilizada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação própria (art. 304, §3º, CPC). O juízo que conceder a medida liminar ficará prevento para julgar a ação que visar à sua revisão, reforma ou invalidação. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida liminar, para instruir a petição inicial desta ação (art. 304, §4º, CPC). O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo de mandado de segurança (art. 304, §5º, CPC). A decisão que concede a medida liminar não faz coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só pode ser afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes (art. 304, §6º, CPC).

44. O fato de o réu inerte ser a Fazenda Pública não impede a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidente, nem a estabilização da tutela da evidência, no processo do mandado de segurança, tendo em vista o disposto no art. 700, §6º,

CPC e no enunciado nº 339, da Súmula do STJ. Entretanto, a Fazenda Pública pode ajuizar ação “com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada”, no prazo de dois anos (art. 304, §§2º e 5º, CPC). Somente a inércia da Fazenda Pública durante o biênio ensejará a estabilização definitiva dos efeitos da decisão. Contudo, visando a afastar qualquer dúvida quanto à possibilidade de estabilização da liminar em mandado de segurança que defere tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) incidente ou a tutela da evidência, propomos o acréscimo de um artigo na Lei 12.016/2009, que a preveja expressamente, bem como a possibilidade de sua revisão, reforma, ou invalidação, por meio de ação própria.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente	<p>Art. 7º-A. Caso a pessoa jurídica ré deixe de impugnar, por qualquer meio, a decisão concessiva da medida liminar e a própria ação, no prazo do recurso cabível, o processo será extinto e a medida liminar se estabilizará.</p> <p>§1º. Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a medida liminar estabilizada.</p> <p>§2º. A medida liminar estabilizada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o §1º.</p> <p>§3º. O juízo que conceder a medida liminar ficará prevento para julgar a ação que visar à sua revisão, reforma ou invalidação.</p> <p>§4º. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida liminar, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o §1º.</p> <p>§5º. O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no §1º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do caput.</p> <p>§6º. A decisão que concede a medida liminar não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §1º deste artigo.</p>

45. A vedação do art. 1º, §1º, Lei 8.437/1992, é inconstitucional, por inviabilizar o acesso ao direito material por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988). Por tais razões, propomos a sua revogação expressa.

Lei 8.437/1992	Proposta de alteração da Lei 8.437/1992
§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.	Revogado.

46. A necessidade de emenda da petição inicial, em razão da errônea indicação da autoridade coatora leva a um atraso na prestação jurisdicional que pode ocasionar o perecimento do direito material, sobretudo quando se faz necessário o deferimento de medida liminar. Além disso, a necessidade de o juízo de primeira instância declinar da competência em favor de um tribunal superior, quando verificar que a autoridade verdadeiramente responsável pelo ato impugnado se encontra dentre aquelas que conferem competência originária a algum tribunal para processar e julgar o mandado de segurança também gera considerável atraso da prestação jurisdicional, o que pode comprometer a efetividade do processo. Assim, propomos uma emenda à CRFB/1988 que deixe expresso, no art.5º, LXIX, que a competência para processar e julgar o *mandamus* será sempre do juízo de primeira instância, quando a autoridade coatora pertencer ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo. Assim, o processamento e julgamento do *mandamus* pela primeira instância, no caso do responsável pelo ato integrar o Poder Executivo ou o Poder Legislativo passaria a fazer parte da garantia fundamental relativa ao mandado de segurança. Sendo a garantia do mandado de segurança uma cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, IV, CRFB/1988, uma vez incorporada a esta a competência da primeira instância nos casos supramencionados, o art. 5º, LXIX, não poderá mais ser alterado, por emenda, visando ao retorno da competência aos tribunais.

Atualmente, a competência para processar e julgar ação que impugna ato de autoridade pertencente ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo é sempre da primeira instância, caso o autor opte pelo rito da ação popular, pelo da ação civil pública (art. 1º, §2º, Lei 8.437/1992) ou mesmo pelo procedimento comum do CPC. Assim, nestes procedimentos, o ato impugnado pode ser invalidado por uma sentença proferida por um juiz de primeira instância.

Além disso, tendo em vista que a vedação do art. 1º, §1º, Lei 8.437/1992, é inconstitucional, por inviabilizar o acesso ao direito material por meio do processo judicial (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988), nestes procedimentos, o ato impugnado também pode ser invalidado por uma decisão interlocutória de mérito proferida por um juiz de primeira instância, que conceda, a pedido, tutela provisória. Por esta razão não se justificam os dispositivos constitucionais que preveem a competência originária de determinados tribunais para julgar o mandado de segurança que impugna atos praticados por certas autoridades.

CRFB/1988	Proposta de emenda à CRFB/1988
Art. 5º. [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;	Art. 5º. [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança individual ou coletivo para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, sendo a competência para processá-lo e julgá-lo da primeira instância, sempre que o responsável pelo ato impugnado integrar o Poder Executivo ou o Poder Legislativo;

Conseqüentemente, a mesma emenda constitucional deve alterar a redação dos arts. 102, I, e 105, I, da CRFB/1988 e, em especial, do art. 102, I, “d”, “r”, e do art. 105, I, “b” da CRFB/1988, de modo a retirar do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a competência originária para julgar o mandado de segurança, quando a autoridade responsável pelo ato integrar o Poder Executivo ou o Poder Legislativo. A redução da competência do STF e do STJ para processar e julgar o mandado de segurança permitiria a estes tribunais dedicar mais tempo e demais recursos econômicos às suas missões constitucionais precípuas: a guarda da Constituição, no caso do STF, e a uniformização da interpretação do Direito federal, no caso do STJ, já que um número consideravelmente menor de processos de mandado de segurança seria ajuizado ou remetido ao STF e ao STJ.

Consideramos mais adequado, em termos práticos, utilizar como critério definidor da competência para processamento e julgamento do mandado de segurança o Poder a que pertence a autoridade responsável pelo ato do que a função desempenhada pela mesma, já que

a definição da competência em razão da função daria margem à discussão, no processo, acerca da natureza da função exercida pela autoridade coatora: se executiva, legislativa ou jurisdicional, o que poderia atrasar desnecessariamente a prestação jurisdicional. Assim, em razão do critério adotado, caberia ao STF processar e julgar originariamente, tão somente, os mandados de segurança contra atos do próprio STF ou do CNJ. O STJ, por sua vez, manteria, unicamente, a competência para processar e julgar mandados de segurança contra atos do próprio STJ.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988)	Proposta de emenda à CRFB/1988
<p>Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:</p> <p>I - processar e julgar, originariamente: [...]</p> <p>d) [...] o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; [...]</p> <p>r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;</p>	<p>Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:</p> <p>I - processar e julgar, originariamente: [...]</p> <p>d) [...] o mandado de segurança contra atos do próprio Supremo Tribunal Federal; [...]</p> <p>r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público, excetuados, neste último caso, os mandados de segurança;</p> <p>s) o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;</p>

CRFB/1988	Proposta de emenda à CRFB/1988
<p>Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:</p> <p>I - processar e julgar, originariamente: [...]</p> <p>b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos</p>	<p>Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:</p> <p>I - processar e julgar, originariamente: [...]</p> <p>b) os mandados de segurança contra ato do próprio Tribunal; [...]</p>

Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;	j) os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;
--	--

É necessário, ainda, modificar quaisquer dispositivos de lei federal que atribuam competência originária a qualquer tribunal para processar e julgar mandados de segurança contra atos de autoridades integrantes do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. Assim, evitar-se-á a declaração de inconstitucionalidade de tais dispositivos por afrontarem a nova redação a ser atribuída aos arts. 5º, LXIX; 102, I; e 105, I, da CRFB/1988, segundo a qual a competência para processar e julgar mandado de segurança contra ato emanado de autoridade pertencente ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo é da primeira instância, seja qual for esta autoridade. Assim, por exemplo, é preciso modificar a redação do art. 22, I, “e”, do Código Eleitoral de modo a retirar deste dispositivo a previsão de que a competência para julgar mandado de segurança contra atos de Ministros de Estado é do Tribunal Superior Eleitoral, além de adequar seu texto à Resolução do Senado Federal n.º 132/1984⁷⁴⁵.

Código Eleitoral (Lei 4.737/1965)	Proposta de alteração do Código Eleitoral (Lei 4.737/1965)
Art. 22. Compete ao Tribunal Superior: I - Processar e julgar originariamente: [...] e) o habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, relativos a atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos Tribunais Regionais; ou, ainda, o habeas corpus, quando houver perigo de se consumar a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração;	Art. 22. Compete ao Tribunal Superior: I - Processar e julgar originariamente: [...] e) o habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, relativos a atos dos Tribunais Regionais; ou, ainda, o habeas corpus, quando houver perigo de se consumar a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração;

⁷⁴⁵ BRASIL. Resolução do Senado Federal n.º 132/1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/RSF/ResSF132-1984.htm>. Acesso em: 06 jul. 2014.

Da mesma forma, é necessário alterar a redação do art. 29, I, do Código Eleitoral de forma a retirar dos Tribunais Regionais Eleitorais a competência para processar e julgar originariamente os mandados de segurança contra atos de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade.

Código Eleitoral (Lei 4.737/1965)	Proposta de alteração do Código Eleitoral (Lei 4.737/1965)
Art. 29. Compete aos Tribunais Regionais: I - processar e julgar originariamente: [...] e) o habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, contra ato de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade e, em grau de recurso, os denegados ou concedidos pelos juízes eleitorais; ou, ainda, o habeas corpus quando houver perigo de se consumir a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração;	Art. 29. Compete aos Tribunais Regionais: I - processar e julgar originariamente: [...] e) o habeas corpus, em matéria eleitoral, contra ato de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade e, em grau de recurso, o habeas corpus ou o mandado de segurança denegado ou concedido pelo juiz eleitoral; ou, ainda, o habeas corpus quando houver perigo de se consumir a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração;

Além disso, seria oportuno deixar expresso, no art. 678, I, “b”, 3, da CLT, que a competência do Pleno de cada Tribunal Regional do Trabalho se restringe ao processo e julgamento dos mandados de segurança contra ato praticados por juiz do trabalho de primeira instância vinculado ao respectivo TRT.

Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.º 5.452/1943).	Proposta de alteração da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.º 5.452/1943).
Art. 678 - Aos Tribunais Regionais, quando divididos em Turmas, compete: I - ao Tribunal Pleno, especialmente: [...] b) processar e julgar originariamente: [...] 3) os mandados de segurança;	Art. 678 - Aos Tribunais Regionais, quando divididos em Turmas, compete: I - ao Tribunal Pleno, especialmente: [...] b) processar e julgar originariamente: [...] 3) os mandados de segurança contra ato de

	juiz do trabalho de primeira instância;
--	---

No mesmo sentido, cada Estado da Federação deve proceder à necessária emenda à sua Constituição Estadual para que esta não ofenda a redação aqui proposta para o art. 5º, LXIX, CRFB/1988. Assim, cada Constituição Estadual deve deixar de prever a competência originária do Tribunal de Justiça para processar e julgar mandado de segurança contra ato emanado de qualquer autoridade pertencente ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo. Nesse sentido, propomos a seguinte emenda à Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

Constituição do Estado do Rio de Janeiro	Proposta de Emenda à Constituição do Estado do Rio de Janeiro
Art. 161 - Compete ao Tribunal de Justiça: [...] IV - processar e julgar originariamente: [...] e) mandado de segurança e o habeas data contra atos: 1 - do Governador; 2 - do próprio Tribunal; 3 - da Mesa Diretora e do Presidente da Assembleia Legislativa; 4 - do Tribunal de Contas do Estado; 5 - dos Secretários de Estado; 6 - dos Procuradores-Gerais da Justiça, do Estado e da Defensoria Pública; 7 - do Prefeito da Capital e dos Municípios com mais de 200.000 eleitores.	Art. 161 - Compete ao Tribunal de Justiça: [...] IV - processar e julgar originariamente: [...] e) mandado de segurança contra atos do próprio Tribunal; [...] j) habeas data contra atos: 1 - do Governador; 2 - do próprio Tribunal; 3 - da Mesa Diretora e do Presidente da Assembleia Legislativa; 4 - do Tribunal de Contas do Estado; 5 - dos Secretários de Estado; 6 - dos Procuradores-Gerais da Justiça, do Estado e da Defensoria Pública; 7 - do Prefeito da Capital e dos Municípios com mais de 200.000 eleitores.

47. A exigência feita pelo art. 6º, Lei 12.016/2009, no sentido de que o impetrante do mandado de segurança deve indicar, na petição inicial do referido processo, a autoridade responsável pelo ato impugnado gera uma série de problemas que acabam por retardar a prestação jurisdicional, comprometendo, muitas vezes, a efetividade do processo. Assim, propomos a extinção dessa exigência. A lei deveria exigir que o autor indicasse, na petição inicial do mandado de segurança, tão somente, o ato impugnado ou omitido e a pessoa

jurídica responsável por sua edição. Caberia à pessoa jurídica que ocupa o polo passivo indicar, no prazo da contestação, a referida autoridade. Esta indicação ainda seria importante para a definição da competência para julgar o mandado de segurança em razão da hierarquia, quando o *mandamus* houver sido impetrado contra ato de autoridade judiciária e seria, em todo caso, relevante para a intimação da autoridade coatora a cumprir a decisão judicial que defere a segurança, seja em sede de liminar, seja na decisão definitiva do referido processo, bem como para a imposição de medidas coercitivas contra a autoridade coatora em caso de descumprimento da referida decisão.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
<p>Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.</p> <p>§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.</p> <p>§ 2º Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da</p>	<p>Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará o ato impugnado ou omitido, bem como a pessoa jurídica responsável por sua edição.</p> <p>§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.</p> <p>§ 2º Revogado.</p>

notificação. § 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. [...].	§ 3º Coatora é a autoridade que praticou o ato impugnado, ou a que ordenou a sua prática, ou a que omitiu o ato devido.[...].
---	---

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
<p>Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:</p> <p>I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;</p> <p>II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;</p> <p>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.</p> <p>§ 1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.</p> <p>§2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos</p>	<p>Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:</p> <p>I – que a pessoa jurídica de que emanou o ato impugnado seja citada, por meio de seu órgão de representação judicial, para que indique a autoridade responsável pelo ato e, querendo, ofereça contestação, no prazo de 10 dias;</p> <p>II - 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.</p> <p>§1º A citação da pessoa jurídica de que emanou o ato impugnado deve ser acompanhada da segunda via da petição inicial com as cópias dos documentos que a instruem.</p> <p>§2º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo</p>

<p>tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.</p> <p>§ 3º Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.</p> <p>§ 4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.</p> <p>§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 Lei no 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.</p>	<p>de instrumento, observado o disposto no Código de Processo Civil.</p> <p>§3º Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.</p> <p>§4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.</p> <p>§5º (Revogado).</p>
--	--

48. A Constituição Federal de 1988 não consagrou o princípio da supremacia do interesse público quer expressa, quer tacitamente, razão pela qual o mesmo não existe no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Assim, este não pode fundamentar as vantagens processuais da Fazenda Pública, inclusive aquelas que se aplicam ao mandado de segurança. Não obstante, a noção de interesse público, que coincide com a de juridicidade, deve pautar o agir estatal, inclusive em juízo.

49. O princípio da igualdade material, consagrado pelo art. 5º, caput, CRFB/1988, fundamenta o benefício do prazo em dobro para todas as manifestações processuais, que o art. 183, CPC, confere às pessoas jurídicas de direito público, que se aplica, inclusive, ao processo do mandado de segurança.

50. Somente situações concretas podem justificar, à luz dos princípios da igualdade substancial (art. 5º, CRFB/1988), e da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988), as prerrogativas processuais da Fazenda Pública previstas em lei, que se aplicam, inclusive, ao mandado de segurança.

51. Todas as previsões legais de remessa necessária afrontam o princípio da igualdade substancial (art. 5º, caput, CRFB/1988). Assim, deveriam ser revogadas por serem inconstitucionais. Caso tal proposta não venha a ser acatada pelo legislador, sugerimos que, ao menos, as hipóteses de exceção à regra do duplo grau de jurisdição obrigatório estabelecidas pelo art. 496, §3º, CPC, sejam expressamente previstas pela Lei 12.016/2009, para que não restem dúvidas quanto à sua aplicação ao procedimento do mandado de segurança.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
<p>Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.</p> <p>§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição. [...]</p>	<p>Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.</p> <p>§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição. [...]</p> <p>§5º Não se aplica o disposto no §1º deste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:</p> <p>I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;</p> <p>II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;</p> <p>III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.</p> <p>§6º Também não se aplica o disposto no §1º deste artigo quando a sentença estiver fundada em:</p>

	<p>I - súmula de tribunal superior;</p> <p>II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;</p> <p>III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;</p> <p>IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.</p>
--	--

52. A exigência legal de “audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público” prévia à concessão de liminar em mandado de segurança coletivo (art. 22, §2º, Lei 12.016/2009) e em ação civil pública (art. 2º, Lei 8.437/1992) têm por fim resguardar o erário e a continuidade dos serviços públicos prestados pelo Estado, garantindo um contraditório mínimo apesar do perigo da demora. Contudo, constatando, diante das circunstâncias do caso concreto, que a observância de tal regra pode comprometer a eficácia da tutela de urgência, o juiz deve, tendo em conta o postulado normativo da proporcionalidade/razoabilidade, reduzir o prazo de que dispõe o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, ou mesmo conceder a liminar sem a oitiva deste. Assim, propomos as seguintes alterações na legislação:

Lei 8.437/1992	Proposta de alteração Lei 8.437/1992
<p>Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.</p>	<p>Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.</p> <p>Parágrafo único. O juiz poderá reduzir o prazo referido no caput a até 24 (vinte e quatro) horas ou mesmo deferir a liminar sem a audiência do representante judicial da</p>

	pessoa jurídica de direito público, quando o perigo da demora o justificar.
--	---

Lei 12.016/2009	Proposta de alteração Lei 12.016/2009
Art. 22, §2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.	Art. 22, §2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas. §3º O juiz poderá reduzir o prazo referido no caput a até 24 (vinte e quatro) horas ou mesmo deferir a liminar sem a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, quando o perigo da demora o justificar.

53. A sentença de mérito que concede o mandado de segurança é tutela definitiva da evidência em face do Poder Público, baseada em cognição exauriente e, portanto, apta a formar coisa julgada material. A referida tutela também será composta pela atividade de execução forçada da mencionada sentença, caso a obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa certa a que foi condenado o ente da administração pública réu não seja cumprida espontaneamente.

54. É preciso deixar claro que a sentença que extingue o processo do mandado de segurança sem julgamento do mérito por falta de direito líquido e certo não faz coisa julgada material, permitindo o ajuizamento de novo mandado de segurança dentro do prazo decadencial de 120 dias, desde que o autor venha a tomar conhecimento de prova documental cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso. Com este fim, propomos o acréscimo de novo parágrafo §7º no art. 6º Lei 12.016/2009. Entretanto, é preciso sancionar a má-fé daquele que repropuser a demanda de mandado de segurança sem dispor de prova nova. Para isso, sugerimos a inclusão de um novel §8º no referido artigo.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 6º [...] § 7º O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória basear-se em ausência de direito líquido e certo, desde que, depois desta, o autor tenha tomado conhecimento de prova documental cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso. §8º O autor que renovar o pedido de mandado de segurança sem especificar, na petição inicial, prova documental nova, será condenado a pagar multa correspondente a 2% do valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

55. O art. 19, Lei 12.016/2009 não é suficientemente claro, pois parece referir-se, tão somente, às sentenças terminativas baseadas no art. 485, CPC, e não à sentença que denega o mandado de segurança por ausência de direito líquido e certo. Assim, propomos o aperfeiçoamento do art. 19, Lei 12.016/2009, nos seguintes termos:

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.	Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, ou que se basear em ausência de direito líquido e certo, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

56. O equivocado, porém frequente, entendimento de que a teoria da causa madura não pode ser aplicada ao recurso ordinário em mandado de segurança, pois, na prática, atribuiria ao STJ e ao STF competência originária para julgar mandado de segurança em casos não previstos pela CRFB/1988, aconselha a introdução, nos arts. 102 e 105 da CRFB/1988, de parágrafos que autorizem, de forma expressa, a aplicação da mencionada teoria ao recurso ordinário em mandado de segurança. Seria oportuno, ainda, que os mencionados parágrafos fizessem referência expressa à decisão que denega o mandado de segurança por ausência de direito líquido e certo, haja vista a discussão existente quanto à natureza desta: se terminativa ou de mérito.

CRFB/1988	Proposta de emenda à CRFB/1988
Sem correspondente.	<p>Art. 102. §4º. Se o processo do mandado de segurança estiver em condições de imediato julgamento, o Supremo Tribunal Federal deverá, ao julgar o recurso ordinário, decidir desde logo o mérito quando:</p> <p>I – reformar acórdão terminativo;</p> <p>II – reformar acórdão que extingue o processo de mandado de segurança por suposta ausência de direito líquido e certo;</p> <p>III - decretar a nulidade do acórdão por não ser ele congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;</p> <p>III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;</p> <p>IV - decretar a nulidade do acórdão por falta de fundamentação.</p>

CRFB/1988	Proposta de emenda à CRFB/1988
Sem correspondente.	<p>Art. 105, §2º. Se o processo do mandado de segurança estiver em condições de imediato julgamento, o Superior Tribunal de Justiça deverá, ao julgar o recurso ordinário, decidir desde logo o mérito quando:</p> <p>I – reformar acórdão terminativo;</p> <p>II – reformar acórdão que extingue o processo de mandado de segurança por suposta ausência de direito líquido e certo;</p> <p>III - decretar a nulidade do acórdão por não ser ele congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;</p> <p>III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;</p> <p>IV - decretar a nulidade do acórdão por falta de fundamentação.</p>

57. O art. 8º, Lei 12.016/2009, deve ser interpretado à luz do art. 304, CPC, que se aplica ao mandado de segurança e disciplina o procedimento da tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) requerida em caráter antecedente e prevê a possibilidade de sua estabilização. Conforme demonstramos acima, a tutela provisória de urgência antecipada

(satisfativa) incidental e a tutela da evidência também podem se estabilizar. Assim, o juízo deve se abster de decretar a caducidade ou a preempção da medida liminar quando esta tiver natureza de tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa), ou de tutela provisória de evidência. Assim, propomos a inserção desta ressalva em parágrafo único do art. 8º, Lei 12.016/2009.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
<p>Art. 8º. Será decretada a preempção ou caducidade da medida liminar <i>ex officio</i> ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.</p> <p>Sem correspondente.</p>	<p>Art. 8º. Será decretada a preempção ou caducidade da medida liminar de natureza cautelar <i>ex officio</i> ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.</p> <p>Parágrafo único. Não será decretada a preempção ou a caducidade da medida liminar quando esta tiver natureza de tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) ou de tutela provisória de evidência.</p>

58. A lei somente admite o litisconsórcio ulterior facultativo em hipóteses nas quais não há violação ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CRFB/1988), pois o litisconsorte ulterior não pode escolher o juízo que deseja, como nos casos de intervenção de terceiro, de sucessão, ou de conexão. No caso do mandado de segurança, a vedação ao ingresso, no processo, de litisconsorte ativo facultativo após o protocolo da petição inicial cumpriria ainda a importante função de evitar o retardamento da prestação jurisdicional, principalmente no que concerne à liminar e à tutela provisória em geral. Por outro lado, não faz sentido vedar o ingresso do litisconsorte necessário, após o despacho que determina a emenda da petição inicial em 15 dias, para que o autor requeira a citação deste litisconsorte. Embora esta última interpretação possa e deva ser evitada, por ser assistemática, o art. 10, §2º, Lei 12.016/2009, dá margem a ela. Por tais motivos, propomos que o referido dispositivo, vede, de forma expressa, o litisconsórcio ativo facultativo ulterior, com exceção dos casos expressamente admitidos pela lei.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Art. 10. [...] § 2º. O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.	Art. 10. [...] §2º. É vedado o litisconsórcio ativo facultativo ulterior, com exceção dos casos expressamente admitidos pela lei.

59. Quando o juízo verificar que não há direito líquido e certo a ser tutelado por mandado de segurança deverá determinar que o impetrante apresente os documentos necessários à prova dos fatos constitutivos de seu alegado direito subjetivo ou emende a petição inicial de modo a adaptá-la ao procedimento adequado, em 15 dias, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito.

Emendada a petição inicial, o processo prosseguirá pelo procedimento adequado, devendo o juiz declarar quais atos processuais praticados no procedimento inadequado são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.

Todos os atos praticados no procedimento inadequado que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados naquele adequado.

Os arts. 64 e 65, CPC, se aplicam subsidiariamente ao processo do mandado de segurança.

Quando houver declínio da competência, o juízo competente deverá declarar, na decisão que determina o prosseguimento do feito, quais atos processuais praticados no juízo incompetente são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.

Todos os atos processuais praticados no juízo incompetente que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados no juízo competente.

Embora tais conclusões possam ser extraídas de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, da Lei 12.019/2009 e do CPC, sugerimos o acréscimo dos seguintes artigos na Lei 12.016/2009, para que não restem dúvidas quanto ao procedimento do mandado de segurança.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 30. Quando o juízo verificar que não há direito líquido e certo a ser tutelado por mandado de segurança deverá determinar que o impetrante apresente os documentos necessários à prova dos fatos

	<p>constitutivos de seu alegado direito subjetivo ou emende a petição inicial de modo a adaptá-la ao procedimento adequado, em 15 dias, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito.</p> <p>§1º. Emendada a petição inicial, o processo prosseguirá pelo procedimento adequado, devendo o juiz declarar quais atos processuais praticados no procedimento inadequado são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.</p> <p>§2º Todos os atos praticados no procedimento inadequado que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados naquele adequado.</p>
--	--

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	<p>Art. 31. Quando o juízo verificar que a ação foi ajuizada há mais de 120 dias da ciência do ato impugnado pelo interessado, deverá determinar que o impetrante emende a petição inicial de modo a adaptá-la ao procedimento adequado, em 15 dias, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito.</p> <p>§1º. Emendada a petição inicial, o processo prosseguirá pelo procedimento adequado, devendo o juiz declarar quais atos processuais praticados no procedimento inadequado são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.</p> <p>§2º Todos os atos praticados no procedimento inadequado que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados naquele adequado.</p>

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	<p>Art. 32. A incompetência absoluta para processar e julgar a ação de mandado de segurança pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.</p> <p>§1º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência.</p>

	<p>§2º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente, ainda que pertencente à distinta unidade da Federação ou a outro ramo do Poder Judiciário.</p> <p>§3º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.</p>
--	---

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	<p>Art. 33. Prorrogar-se-á a competência relativa para processar e julgar a ação de mandado de segurança se a pessoa jurídica ré não alegar a incompetência em preliminar de contestação.</p> <p>Parágrafo único. A incompetência relativa pode ser alegada pelo Ministério Público nas causas em que atuar.</p>

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	<p>Art. 34. Quando houver declínio da competência, o juízo competente deverá declarar, na decisão que determina o prosseguimento do feito, quais atos processuais praticados no juízo incompetente são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.</p> <p>Parágrafo único. Todos os atos processuais praticados no juízo incompetente que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados no juízo competente.</p>

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	<p>Art. 35. Havendo conflito negativo de competência, solucionado este, o juízo declarado competente deverá declarar quais atos praticados no juízo incompetente são nulos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.</p> <p>Parágrafo único. Todos os atos processuais praticados no juízo incompetente que não forem declarados nulos deverão ser aproveitados no juízo competente.</p>

60. O entendimento de que o juízo não pode fixar multa cominatória em desfavor da autoridade coatora por não ser esta ré em mandado de segurança, ou por falta de previsão legal expressa, compromete o acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e a duração razoável do processo, pois inviabiliza importante meio de coerção sobre a pessoa física que tem poder para cumprir a ordem judicial. Assim, propomos a inserção de dispositivo na Lei 12.016/2009 que autorize expressamente a referida medida.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 35. O juízo pode, de ofício ou à pedido, impor multa cominatória periódica à autoridade coatora para que esta cumpra suas decisões dentro de certo prazo.

61. A partir da interpretação sistemática da Constituição Federal, da Lei 12.529/2011, do CPC e da Lei 12.106/2009, podemos concluir que o juízo incumbido do mandado de segurança pode decretar a intervenção na pessoa jurídica executada, com fundamento nos arts. 139, IV; 536, §1º; e 538, §3º, do CPC; e nos arts. 102 a 111, da Lei 12.529/2011, quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor. De qualquer forma, para que não restem dúvidas acerca dessa conclusão, sugerimos o acréscimo dos seguintes artigos, na Lei 12.016/2009, que as consagra expressamente.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 36. O Juiz decretará a intervenção na pessoa jurídica executada, por até 180 dias, quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor. Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 37. O Juiz somente decretará a intervenção na pessoa jurídica executada quando os demais meios executivos houverem-se mostrado ineficazes.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 38. A pessoa jurídica executada ou o exequente poderão impugnar o interventor, em 5 (cinco) dias, provando sua inaptidão ou inidoneidade. Parágrafo único. O juiz abrirá vista da impugnação à contraparte por 5 (cinco dias), devendo decidir em igual prazo.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 39. Sendo a impugnação julgada procedente, o juiz nomeará novo interventor no prazo de 5 (cinco) dias.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 40. A intervenção poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 41. O interventor judicial submete-se, exclusivamente, ao regime jurídico dos auxiliares do juízo.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 42. A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade. Parágrafo único. A remuneração do interventor será arbitrada pelo Juiz, que poderá substituí-lo a qualquer tempo, sendo obrigatória a substituição quando incorrer em insolvência civil, quando for sujeito passivo ou ativo de qualquer forma de corrupção ou prevaricação, ou infringir quaisquer de seus deveres.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
----------------------------	--

Sem correspondente.	<p>Art. 43. Compete ao interventor:</p> <p>I - praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução;</p> <p>II - denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas por servidores da pessoa jurídica executada, das quais venha a ter conhecimento; e</p> <p>III - apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades.</p>
---------------------	--

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 44. As despesas resultantes da intervenção correrão por conta da pessoa jurídica contra quem ela tiver sido decretada.

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	<p>Art. 45. Decorrido o prazo da intervenção, o interventor apresentará ao juiz relatório circunstanciado de sua gestão, propondo a extinção e o arquivamento do processo ou pedindo a prorrogação do prazo na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda.</p> <p>Parágrafo único. O exequente pode pedir a prorrogação do prazo da intervenção, caso a decisão exequenda não tenha sido integralmente cumprida.</p>

Lei n.º 12.016/2009	Proposta de alteração Lei n.º 12.016/2009
Sem correspondente.	Art. 46. Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, na forma dos arts. 329, 330 e 344 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

62. A experiência norte-americana mostra que o juiz deve observar três requisitos para que o emprego dos *receivers* seja bem sucedido no cumprimento de decisão judicial: em primeiro

lugar, deve “fixar claramente os objetivos a serem alcançados”, em segundo, deve “nomear *experts* na área exigida”, que disponham de tempo “para se dedicar ao exercício desse ofício, e” em terceiro, deve se envolver na execução, quer tomando contas do trabalho dos *receivers*, quer revendo suas decisões, quer proferindo novas decisões caso isso venha a se revelar necessário. Tais requisitos devem igualmente ser observados pelo órgão jurisdicional brasileiro que vier a determinar a intervenção em entidade da Administração Pública, no processo do mandado de segurança.

63. Tal como ocorre nos EUA, em relação aos *receivers*, a utilização de interventor no cumprimento de uma decisão proferida no processo do mandado de segurança pode retirar “a responsabilidade da instituição sob intervenção de buscar ser bem-sucedida em sua administração” e pode ser muito cara, tendo em vista que os honorários a serem pagos a esse auxiliar do juízo “pelo serviço prestado” provavelmente serão altos, em razão de sua elevada qualificação e prolongada atuação. Tais problemas devem ser levados em consideração pelo juiz ao decidir acerca da decretação da intervenção judicial em entidade da Administração Pública, no processo do mandado de segurança.

64. Quanto à fixação dos honorários do interventor nomeado no processo do mandado de segurança, o juiz deve adotar os seguintes critérios: o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo interventor; o tempo exigido para o serviço deste (art. 84, §2º, CPC); o fato de o interventor ter deixado “de realizar outro trabalho” em razão do desempenho da intervenção; “limitações de tempo impostas” para o exercício da intervenção; resultados obtidos pelo interventor; “ser a posição” de interventor “desejável ou não” no caso em exame; “ganhos de outros interventores em casos similares”; “atrasos nos pagamentos” dos honorários do interventor; e “considerações quanto à responsabilidade profissional do cargo”.

65. As alterações constitucionais e legais que propomos nesta tese não ofendem, de modo algum, a garantia constitucional do mandado de segurança, cláusula pétrea por força do art. 60, §4º, CRFB/1988. Ao contrário, somente tornam-na mais forte, ampliando o acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, CRFB/1988) e assegurando a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988).

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Ana Maria Marcondes do. **Dicionário jurídico italiano português**. 1. ed. (Revisão jurídica: José Percival Albano Nogueira Jr.). São Paulo: Editora Federal, 2006.

ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança**: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Luiz Antônio de; GUIMARÃES Luiz Machado. **Comentários ao Código de processo Civil** [de 1939], v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ANDRIETTA, Matheus. **Antigo Regime – Características e Contexto Histórico**. Disponível em: <<https://www.infoenem.com.br/antigo-regime-caracteristicas-e-contexto-historico/>>. Acesso em: 15 maio 2017.

ANTHONY, Gordon. **Judicial Review in Northern Ireland**. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008.

AQUINO, Rubim Santos Leão de; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos; FRANCO, Denize de Azevedo; ALVARENGA, Francisco Jacques Moreira de. **História das Sociedades**: Das Sociedades Modernas às Sociedades Atuais. 37. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

ARAÚJO, José Aurélio de; BODART, Bruno Vinícius da Rós. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana – sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (Coord.). **O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25-70.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de segurança**. 5. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015.

ARAÚJO, Luciano Vianna. Os provimentos cautelares de ofício (art. 797 CPC) e a “cláusula geral” do §7º do art. 273 CPC. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ATTARDI, Aldo. **Diritto Processuale Civile**. v. I.: *Parte Generale*. Padova: CEDAM, 1994.

AUBRY; RAU. **Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariæ, par Aubry et Rau, cinquième édition, mise au courant de la législation et de la jurisprudence par MM. G. Rau et Ch. Falcimaigne avec la collaboration de M. Gault**. 50. ed. t. IV, Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Marchal et Billard, imprimeurs-éditeurs, libraires de la Court de Cassation. Paris, 1902. Disponível em: <www.archive.org> e em: <www.gallica.fr>. Acesso em: 25 maio 2017.

AUBURN, Jonathan; MOFFETT, Jonathan; SHARLAND Andrew. **Judicial Review: Principles and Procedure**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 171-215.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

BARBI, Celso Agrícola. **Da mandado de segurança**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br>>. Acesso em: 23 maio 2017.

_____. Posse de direitos pessoais. In: LACOMBE, Américo Jacobina (Org.). **Obras completas de Ruy Barbosa**. v. XXIII - 1896, t. III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura - Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976, p. 2-133. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br>>. Acesso em: 23 maio 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 32, v. 150, p. 59-69, ago. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o princípio da Supremacia do interesse Público. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. VII-XVIII.

BASSORA, Lara. *La coazione all'adempimento mediante la tecnica delle misure coercitive indirette*. 2014. 162 f. Tese (Doutorado em Direito) – *Università di Bologna, Bologna*. 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Tutela provisória: considerações gerais**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et, al. (Coord). *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 253-266.

BESSONE, Darcy. **Da posse**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BODART, Bruno Vinicius da Rós. **Tutela da evidência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BONATO, Giovanni. As reformas da execução na Itália. *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 3, p. 129-158, set./dez. 2015. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 24 maio 2017.

_____. *I référés nell'ordinamento francese*. In: CARRATTA, Antonio. **La tutela sommaria in europa – studi**. Nápoles: Jovene Editore, 2012, p. 35-76.

_____. Os *référés* no ordenamento francês. Tradução: Pedro Gomes de Queiroz. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, n. 255, p. 527-566, maio, 2016.

_____. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*. Disponível em: <www.judicium.it>. Acesso em: 22 jul. 2017.

BONNECASE, Julien. **Science du Droit e Romantisme** : *Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*. Paris: Librairie du Recueil Sirey (*Société Anonyme*), 1928. Disponível em: <www.gallica.bnf.fr>. Acesso em: 22 maio 2017.

BOUTMY, Émile. *La Declaration des Droits de l'Homme et M. Jellinek*. In: **Études Politiques**. Paris: Librairie Armand Colin, 1907. Disponível em: <www.gallica.bnf.fr>. Acesso em: 21 maio 2017.

BRASIL. Código Eleitoral: Lei 4.737/1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 04 mar. 2014.

_____. Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 07 jul. 2014.

_____. Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 09 jun. 2015.

_____. Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 02 jul. 2014.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2017**. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. **Justiça em Números 2016**. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. **Justiça em Números 2015**. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 06 jul. 2016.

_____. **Justiça em Números 2014**. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 06 jul. 2016.

_____. **Justiça em Números 2013**. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 06 jul. 2016.

_____. Decreto-lei nº 6, de 16 de novembro de 1937. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-6-16-novembro-1937-354233-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

_____. Lei nº 191, de 16 de Janeiro de 1936. Regula o processo do mandado de segurança. Diário Oficial da União de 21/1/1936, Seção 1, p. 1603. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-191-16-janeiro-1936-543259-publicacaooriginal-53414-pl.html>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

_____. Lei 4.348/1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4348impressao.htm>. Acesso em: 16 mar. 2014.

_____. Lei 5.021/1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5021impressao.htm>. Acesso em: 16 mar. 2014.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015.

_____. Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilado.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015.

_____. Lei 8.437/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm>. Acesso em: 16 mar. 2014.

_____. Lei 8.457/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8457.htm>. Acesso em: 04 mar. 2014.

_____. Lei 9.494/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm>. Acesso em: 16 mar. 2014.

_____. Lei 12.016/2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 04 mar. 2014.

BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Resolução do Senado Federal n.º 132/1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/RSF/ResSF132-1984.htm>. Acesso em: 06 jul. 2014.

_____. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. Código de Processo Civil: histórico Lei. v. I. t. I. Brasília, 1974. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>>. Acesso em: 04 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp n.º 1.314.383/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 15/09/2016, DJe 29/09/2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 nov. 2016.

_____. AgRg no Ag 842.866/MT da Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 12/06/2007. *DJ* 03/09/2007, p. 127. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. AgRg no AREsp 541.983/RN da Segunda Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 18/11/2014, DJe 24/11/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. AgRg no AREsp 34.532/RJ da Primeira Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/09/2014, DJe 19/09/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. AgRg no ARES 72.398/RO da Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 10/04/2012. *DJe* 23/04/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. AgRg no AREsp 230.482/RS da Primeira Turma, Rel. Ministro Sérgio Kukina, j. 07/03/2013, DJe 12/03/2013. Informativo 519. Período: 28 de maio de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. AgRg no REsp 285.812/ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 07/06/2005, DJ 01/08/2005, p. 461. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. AgRg no REsp 1.352.935/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 07/08/2014, DJe 25/09/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. AgRg no REsp 658.518/RS da Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz j. 21/11/2006, DJ 05/02/2007, p. 331. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. AgRg no CC 97.899/SP da Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 08/06/2011. DJe 17/06/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. AgRg nos Edcl no Recurso em Mandado de Segurança nº 23.429/PA da Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi. DJe 09/04/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. AgRg no MS 18.553/DF da Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 14/08/2013, DJe 18/09/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. AgRg no MS 15.774/DF da Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23/02/2011. DJe 07/04/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. AgRg no MS 14.647/DF da Terceira Seção, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 14/03/2011, DJe 22/03/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. AgRg no REsp 285.812/ES da Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 07/06/2005, DJ 01/08/2005, p. 461. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. AgRg no REsp 1.259.941/DF da Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 04/12/2012, DJe 19/12/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. AgRg no AREsp 460.260/SP da Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 03/11/2015, DJe 12/11/2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 maio 2015.

_____. AgRg no RMS 31.158/MS da Primeira Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 15/03/2012. DJe 21/03/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. AgRg no RMS 33.019/PE da Primeira Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 08/11/2011. DJe 03/02/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. AgRg no RMS 32.727/SC da Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 02/12/2010, DJe 10/12/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2017

_____. EDcl no REsp 1.255.160/RJ da Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 18/12/2012, DJe 08/02/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 maio 2016.

_____. Enunciado n.º 300 da Súmula do STJ, j. 18/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 425. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. MS 10.491/DF da Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, j. 28/02/2007, DJ 12/03/2007, p. 185. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. REsp 993.272/AM da Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/05/2009. DJe 29.6.2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. REsp n.º 223.670/DF da Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/04/2007, DJ 28/05/2007, p. 403. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 dez. 2015.

_____. REsp 1.026.899/DF da Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª j. 17/04/2008, DJe 30/04/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. REsp 1.225.227/MS da Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 28/05/2013, DJe 12/06/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 nov. 2015.

_____. REsp 241.879/PB da Sexta Turma, Rel.ª Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/10/2006, DJU 30.10.2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. REsp 1.141.990/PR da Primeira Seção, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 10/11/2010, DJe 19/11/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. REsp 1.592.178/PR da Primeira Turma, Rel. Ministro Sérgio Kukina, j. 14/06/2016, DJe 09/08/2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. REsp 846.581/RJ da Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 19/08/2008. DJe 11.9.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. RMS 29.630/DF da Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 06/10/2009. DJe 19.10.2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. RMS 20.817/MG da Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 13/05/2008, DJe 27/05/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. RMS 27.666/RJ da Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 06/08/2009. DJe 7.12.2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. RMS nº 36.836/SC da Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. *DJe* 27/06/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. REsp nº 464.332/SP da Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. 14/09/2004, DJ 06/12/2004, p. 250. Informativo nº 0221. Período: 13 a 17 de setembro de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. MS nº 14.724 – DF da Terceira Seção, Rel. Min. Campos Marques (Des. Convocado do TJPR), j. 28/08/2013. *DJe* 06/09/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. MS nº 17.479/DF da Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 28/11/2012, DJU 05/06/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2015.

_____. MS n. 9.450-DF da Primeira Seção, Rel. Luiz Fux, j. 09/06/2004. *DJ* 06.09.2004, p. 156. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. RMS 17889/RS da Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 07/12/2004. *DJ* 28/02/2005, p. 187. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. REsp 997.623/MT da Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02/06/2009. *DJU* 01/07/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. MS 15104/DF da Terceira Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25/04/2012. *DJe* 14/05/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. RMS 28213/DF da Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/11/2011. *DJe* 01/12/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. RMS nº 929/SE da Segunda Turma, Rel. Ministro José de Jesus Filho, j. 20/05/1991, DJ 24/06/1991, p. 8623. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 dez. 2015.

_____. RMS 21082/BA da Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi (desembargador convocado do TJSP), j. 04/11/2010. *DJe* 06/12/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. Rcl 1887/ES da Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22/11/2006. *DJ* 18/12/2006, p. 280. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. MS 14670/DF da Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, j. 09/12/2009. *DJe* 18/12/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. MS 10484/DF da Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, j. 24/08/2005. *DJ* 26/09/2005, p. 163. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. REsp 113378/DF da Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 05/05/1998. *DJ* 01/06/1998, p. 160. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. REsp 238978/PA da Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 15/02/2000. DJ 27/03/2000, p. 77. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. RMS 20.817/MG da Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 13/05/2008, DJe 27/05/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. RMS 6.894/PA da Quinta Turma, Rel. Min. José Dantas, DJ 24/03/1997, p. 9041, RSTJ 96/376. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2014.

_____. RMS 44.021/TO da Primeira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 19/11/2013. DJe 22/11/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. AC 3545 MC-ED da Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 08/04/2014, DJe-077 de 24-04-2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 05 jul. 2014.

_____. ADC 4, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 01/10/2008, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 EMENT VOL-02754-01 PP-00001

_____. ADC 4 MC do Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 11/02/1998, DJ 21/05/1999, p. 2. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. AO 1137 AgR /DF do Tribunal Pleno, Rel. Min. César Peluso, DJ 19/08/2005, p.4, RT 842/105. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2014.

_____. Enunciado n.º 177 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. DJ 11/12/1996, p. 49795. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. Enunciado n.º 231 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2015. Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 111.

_____. Enunciado n.º 625 da Súmula. Aprovada na Seção Plenária de 24/09/2003. DJ de 9/10/2003, p. 1. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____. Enunciado n.º 729, da Súmula do STF. Aprovada na sessão plenária de 26/11/2003. DJ de 09/12/2003, p. 2; DJ de 10/12/2003, p. 2; DJ de 11/12/2003, p. 2. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 nov. 2016.

_____. HC 2.793, Rel. Min. Canuto Saraiva, Tribunal Pleno, j. 08/12/1909, Revista O Direito VOL-00115-01 PP-00121 COLAC VOL-00980-01. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. HC 2.794 do Tribunal Pleno, Rel. Min. Godofredo da Cunha, j. 11/12/1909, Revista O Direito VOL-00115-01 PP-00139 RF VOL-00013-01 PP-00148 COLAC VOL-00980-01. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. HC 2.990 do Tribunal Pleno, Rel. Min. Pedro Lessa, j. 25/11/1911, Revista O Direito VOL-00115-01 PP-00229 COLAC VOL-00980-01. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. MS 20409 do Tribunal Pleno, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 31/08/1983. *DJ* 08/06/1984, p. 9257. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. MS 25.641 do Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 22/11/2007, DJe-031 DIVULG 21-02-2008 PUBLIC 22-02-2008 EMENT VOL-02308-01 PP-00193 RTJ VOL-00205-02 PP-00732.

_____. MS 18555 do Tribunal Pleno, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, j. 14/06/1968. *DJ* 13/09/1968. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. MS/AgR 24.189-DF do Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 04/08/2005, *DJ* 30/09/2005, p. 4, RTJ 196/173. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.492, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 09 jan. 2018.

_____. RE 407.688/AC, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 08/02/2006, *DJ* 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147.

_____. RE 233319 AgR/PB da Segunda Turma, Rel.^a Min. Ellen Gracie, j. 19/08/2003. *DJ* 12/09/2003, p. 43. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. RE 163727 do Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07/04/1994. *DJ* 20/04/2001, p. 137. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. RMS 30536 da Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30/08/2011. *DJe*-182 de 22/09/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. RMS 21560 do Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/1992. *DJ* 18/12/1992, p. 24375. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. Rcl 1020 AgR, Relator(a): Min. Octavio Gallotti, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2002, *DJ* 21-02-2003 PP-00028 EMENT VOL-02099-01 PP-00088.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ap. Civ. 2.041/1991 da Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Mariano, j. 27/08/1991. *RDTJRJ*, v.12, p. 223. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Decisão Monocrática no Mandado de Segurança nº 0003645-43.2014.8.19.0000 da Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, j. 08/04/2014, *DJERJ* de 11/04/2014, p. 206. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Decisão Monocrática no Mandado de Segurança nº 0004251-71.2014.8.19.0000 do Órgão Especial, Rel. Des. Sérgio Verani, j. 22/05/2014, DJERJ de 26/05/2014, p. 124. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 9050400-31.2001.8.26.0000 da Primeira Câmara de Direito Público de Férias, Rel. Des. José Roberto dos Santos Bedaque, j. 27/07/2004, DJ 16/09/2004.

_____. Versão de 26 mar. 2014 do Projeto de Lei 8.046/2010 – Projeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ADBA3976887101E6A701A04A0944D18C.proposicoesWeb2?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 19 abr. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Mandado de Segurança – Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Propostas para uma nova lei para o mandado de segurança**. 2010. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/MANDADO_DE_SEGURANCA.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2014.

BUONCRISTIANI, Dino. *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pre-giudizio*. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Anno LX Fasc. 2, p. 575-600, 2006.

BUZAID, Alfredo. A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 72, n. 1, p. 131-152, 1977. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66795/69405>>. Acesso em: 29 jul. 2017

_____. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**: apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro, 1964. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

_____. **Do mandado de segurança**. v. 1: Do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. "Juicio de amparo" e mandado de segurança. (Contrastes e confrontos). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 56, n. 1, p. 172-231, 1961. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66387>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: DANTAS, Bruno et al (Org). **Novas tendências do**

processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: *Juspodivm*, 2013.

_____. **Nulidades no processo moderno.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n.126, p. 59-81, ago. 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares.** Campinas: Bookseller Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. **Manual do mandado de segurança.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, e-book.

CAPONI, Remo. *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea.* Disponível em: <https://www.academia.edu/393742/_Caponi_2004_La_tutela_sommaria_nel_processo_societario_in_prospettiva_europea>. Acesso em: 23 ago. 2017.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela:** exposição didática. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. O mandado de segurança coletivo na Lei n.º 12.016/09. In: CARNEIRO, Athos Gusmão. (Org.). **Da antecipação de tutela:** exposição didática. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 177-222.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça:** juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARRATO, Aldo; DI MARZIO, Mauro; GIORDANO, Rosaria; LAZZARO, Fortunato; SCARPA, Antonio. *Pratica professionale. Processo Civile diretto da Fortunato Lazzaro. Procedimenti alternativi al rito ordinario.* 1. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 21. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

CAVALCANTI, Alessandra Damian. O *amicus curiae* em mandado de segurança e em mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), v. 15, n. 6, p. 223-238, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

CAVALCANTI, Francisco. **O novo regime jurídico do mandado de segurança:** comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. 1. ed. São Paulo: MP Editora, 2009.

CAYROL, Nicolas. *Référé civil.* In: GUINCHARD, Serge. *Répertoire procédure civile.* Paris: Dalloz, 2006.

CENTRO DE ESTUDOS DE JUSTIÇA DAS AMÉRICAS. **Relatório da Justiça**. 4. ed. 2008-2009. Disponível em: <http://w1.cejamericas.org/reporte/2008-2009/muestra_seccion39bb3.html?idioma=espanol&capitulo=ACERCADE&tipreport=REPORTE4&seccion=INST_232>. Acesso em: 07 jul. 2016.

CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. Tradução do original italiano - 2ª edição de 1935 - por Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CHIOVENDA, Jose. *Principios de Derecho Procesal Civil. Traducción española de la tercera edición italiana*. Tomo II. Madrid: Editorial Reus (S. A.), 1922.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: Giappichelli, 2004.

CONSELHO DA EUROPA. COMISSÃO EUROPEIA PARA A EFICIÊNCIA DA JUSTIÇA (CEPEJ). *European judicial systems. Efficiency and quality of justice. CEPEJ Studies No. 23 Edition 2016 (2014 data)*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2016/publication/REV1/2016_1%20-%20CEPEJ%20Study%2023%20-%20General%20report%20-%20EN.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017.

_____. *Report on "European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice"*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2016.

_____. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

_____. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Câmara. Caso Bock v. Alemanha. Processo n.º 11118/84. Julgado em: 29 mar. 1989. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

_____. Caso Buchholz v. Alemanha. Processo n.º 7759/77. Julgado em: 06 maio 1981. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

_____. Quarta Seção. Caso Arbačiauskienė v. Lituânia. Processo n.º 2971/08. Julgado em: 01 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/>>. Acesso em: 30 maio 2016.

_____. Quarta Seção. Casos de Freitas v. Portugal. Processo n.º 8349/13 e processo n.º 56418/13. Julgados em: 12 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/>>. Acesso em: 31 maio 2016.

CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de Direito: discurso justificativo: legitimação do exercício da jurisdição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, e-book.

CRAMER, Ronaldo; OLIVEIRA, Guilherme; REDONDO, Bruno. **Mandado de Segurança: Comentários à Lei 12.016/2009**. São Paulo: Método, 2009.

CROISSANT, Ernest. *Des Astreintes. Thèse pour le doctorat. Université de Paris. Faculté de Droit*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence; Arthur Rousseau, Éditeur, 1898. Disponível em: <www.gallica.bnf.fr>. Acesso em : 21 maio 2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2016.

DA ROS, Luciano. **O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória**. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. Curitiba, NUSP/UFPR, v.2, n. 9, jul. 2015, p. 1-15. ISSN 2359-2826. Disponível em: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

DEBLOCK, Edouard. *De la Jurisdiction des Référés. Thèse pour le doctorat. Faculté de Droit de Lille*. Paris : Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence. Arthur Rousseau, Éditeur, 1897. Disponível em: <www.gallica.bnf.fr>. Acesso em : 21 maio 2017.

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

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v.8, n.1, p. 46-64, jan./abr. 2017. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 17 dez. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Seminário - O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil: enunciados aprovados. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

ESMEIN, Adhémar. *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes. Extrait de la Revue trimestrielle de Droit civil*, n.º 1, 1903. Paris: *Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts*; Bar-Le-Duc: *Imprimerie Contant-Laguerre*, 1903. Disponível em: <<https://archive.org>>. Acesso em: 23 maio 2017.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%3%83%C2%ADcio%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 35, p. 101-119, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança.** São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança.** 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Estructura procesal del amparo.* In: FLORES, Imer B. (Org.). **Centenario (1917-2017) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: México y la Constitución de 1917: Doctrina Constitucional Mexicana: Estudios Constitucionales.** Ciudad de México: Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM); Senado de la República; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), 2016, p. 435-463.

FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública: aspectos controvertidos referentes a ações tributárias e ao novo Código de Processo Civil. In: RODRIGUES, Marco Antonio; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Processo Tributário.** Salvador: *JusPODIVM*, 2017, p. 439-482.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis:** Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Enunciado 35. Disponível em: <<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 03 set. 2017.

FRANÇA. *Code de procédure civile.* Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 17 jul. 2015.

FRANÇA. *Code of civil procedure.* Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 18 jul. 2015.

FRANÇA. *Code Civil des français : édition originale et seule officielle. A Paris: De l'Imprimerie de la République. An XII.* 1804. Disponível em: <www.gallica.bnf.fr>. Acesso em: 22 maio 2017.

FRANÇA. *Code de procédure civile. Edition de l'imprimerie ordinaire du Corps législatif. Édition originale et seule officielle. A Paris, Chez Rondonneau, au Dépôt des Lois.* 1806. Disponível em: <www.gallica.bnf.fr>. Acesso em: 22 maio 2017.

FRANÇA. *CONSEIL D'ÉTAT. Les dossiers thématiques du Conseil d'État. Le juge des référés.* Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

FRANÇA. COULON, Jean-Marie. *Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice: Réflexions et proposition sur la procédure civile*. Paris: Ministère de la justice, 1997, p. 62. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/974024100.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

FRANÇA. *Cour de cassation. Chambre Civile 1. Audience publique du jeudi 4 novembre 1976. N° de pourvoi: 75-14617 Publié au bulletin. REJET. M. Bellet, président. M. Olivier, conseiller rapporteur. M. Granjon, avocat général. Demandeur M. Célice, avocat(s). Publication : Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre Civile 1, n. 330, p. 264. Décision attaquée : Cour d'appel Paris (Chambre 14) , du 12 juin 1975*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006997490>>. Acesso em: 22 out. 2017.

FRANÇA. *Cour de Cassation. Chambre Commerciale. Audience publique du mardi 20 janvier 1981. N° de pourvoi: 79-13050. Publié au bulletin. REJET. Pdt M. Vienne, président. Rpr M. Bouchery, conseiller rapporteur. Av.Gén. M. Cochard, avocat général. Av. Demandeur : M. Labbé, avocat(s). Publication : Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale N. 40. Décision attaquée : Cour d'appel Paris (Chambre 19 A) , du 6 mars 1979*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007007084>>. Acesso em: 23 out. 2017.

FRANÇA. MAGENDIE Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice – la gestion du temps dans le procès*. Paris: Ministère de la justice, 2004. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000433/index.shtml>>. Acesso em: 11 out. 2017.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Les offices du juge*. In: *Jean Foyer, auteur et législateur : leges tulit, jura docuit : écrits en hommage à Jean Foyer. (Mélanges Jean Foyer)*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 463-476. Disponível em: <<http://mafr.fr/fr/article/28-les-offices-du-juge-melanges-jean-foyer/>>. Acesso em: 22 maio 2017.

FUX, Luiz. **Mandado de segurança**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **O Novo microsistema legislativo das liminares contra o poder público**. Revista de direito Renovar, Rio de Janeiro, n. 29, p. 13-32, maio/ago. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/858>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2015.

GIMÉNEZ, Francisca Pou. *El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?*. *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago do Chile, n. 10, p. 91-103, jun. 2014. ISSN 0718-2058. Disponível em:

<<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/31696/33497>>. Acesso em: 18 jul. 2014. DOI: 10.5354/0718-2058.2014.31696.

_____. O novo amparo mexicano e a proteção dos direitos: nem tão novo, nem tão protetor?. Tradução: Pedro Gomes de Queiroz. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 145-163, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

GIORDANO, Rosaria; SCARPA, Antonio. *I procedimento cautelari*. Milão: Wolters Kluwer, Cedam, e-book.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 296-330, jul./ dez. 2014. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em: 11 jun. 2015.

_____. Cognição sumária e coisa julgada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. X, p. 275-301, jul./ dez. 2012. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 12 mar. 2014.

_____. Execução civil – entraves e propostas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XII, p. 399-445, jul./ dez. 2013. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 25 abr. 2014.

_____. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Cadernos do CEJ*, v. 23: Execução contra a Fazenda Pública. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, 2003, p. 197-299. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/serie-cadernos/Volume%2023%20-%20EXECUCaO%20CONTRA%20A%20FAZENDA%20PUBLICA.pdf/view>> e em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32383-39003-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, ano VII, n.º 14, p. 9-68, abr. 2002. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1/2>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. **Instituições de Processo Civil**. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 3v..

_____. **Instituições de Processo Civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 3v..

_____. Por um novo mandado de segurança: retorno à origem? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XI, p. 269-277, jan./ jun. 2013. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 03 mar. 2014.

_____. *Translatio iudicii* e reassunção do processo. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, p. 9-26, dez. 2008.

_____. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 296-330, jul./ dez. 2014. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em: 11 jun. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 121. p. 11-37, mar. 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HAZARD JR., Geoffrey C., TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure – an introduction**. New Haven and London: Yale University Press, 1993.

HOONAKKER, Philippe. Capítulo 324. *Ordonnances sur requête*. In: GUINCHARD, Serge (Coord.). **Droit et Pratique de la Procédure Civile Droit Interne et Européen**. 9. ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 975-985.

INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *Civil Procedure Rules*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. *Civil Procedure Rules – Practice Direction 54A – Judicial Review*. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part54/pd_part54a>. Acesso em: 23/07/2014.

_____. *England and Wales Court of Appeal. R v East Berkshire Health Authority, ex p. Walsh* [1984] EWCA Civ 6, [1985] QB 152, 166. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1984/6.html>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

_____. _____. *R (on the application of West) v Lloyd's of London* EWCA Civ 506 [2004] 3 All ER 251. Disponível em: <<http://www.uniset.ca/lloyddata/css/20043AER251.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

_____. _____. *Regina v East Berkshire Health Authority, ex parte Walsh* [1984] EWCA Civ 6, [1985] QB 152, CA. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1984/6.html>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

_____. *England and Wales High Court. Gilitnane v Child Support Agency* [2006] EWHC 423 (Fam), [2006] 2 FLR 857. Disponível em: <<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed570>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

_____. _____. *Queen on the Application of Oxford Study Centre Ltd v British Council* [2001] EWHC 207 (Admin), [2001] ELR 803, §§ 19-20 por Collins J. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2001/207.html>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor. Resultados Mensais por Grupos - 1979 a 1999 - Brasil e Áreas. IPCA. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/defaulttab1.shtm>. Acesso em: 09 ago. 2017.

IRLANDA DO NORTE. *The Rules of the Court of Judicature (NI) 1980 (formerly titled: Rules of the Supreme Court (NI) 1980) SR 1980/346*. Disponível em: <<https://www.courtsni.gov.uk/en-GB/Publications/court-rules/Documents/RsCoJ/RsCJ.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

ITÁLIA. *Codice Civile del Regno d'Italia*. Torino: Tipografia Eredi Botta; Firenze: Tipografia Reale, 1865, p. 366. Disponível em: <<https://books.google.it/books?id=QBgVAAAAQAAJ&hl=pt-BR>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

_____. *Codice del processo amministrativo*. Disponível em: <http://www.giustizia-amministrativa.it/codice_processo_ammvo/testo_codice.htm>. Acesso em: 21 abr. 2014.

_____. *Codice di procedura civile*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/?idnot=33723>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

_____. *Codice di Processo Civile del Regno d'Italia*. Milano: Stamperia Reale, 1865. Disponível em: <https://books.google.it/books?id=_voKAAAAYAAJ&hl=pt-BR>. Acesso em: 05 ago. 2017.

_____. *Codice di Commercio del Regno d'Italia*. Roma: Regia Tipografia, 1882. Disponível em: <<http://www.antropologiagiuridica.it/codecomit82.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

_____. Senato della Repubblica. *Il Codice del processo amministrativo: cenni introduttivi*. Disponível em: <<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00737243.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

_____. *Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 Codice di procedura civile. (040U1443) (GU Serie Generale n.253 del 28-10-1940)*. Disponível em: <<http://www.gazzettaufficiale.it>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

JANET, Paul. *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*. 3. ed. Tome Seconde. Paris: Ancienne Librairie Germer Baillière et Cie; Félix Alcan, Éditeur, 1887. Disponível em: <www.gallica.bnf.fr>. Acesso em: 19 maio 2017.

JELLINEK, Georg. *The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History*. Authorized translation from the german by Max Farrand, Ph. D. Professor of History in Wesleyan University revised by the author. New York: Henry Holt and Company, 1901. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/jellinek-the-declaration-of-the-rights-of-man-and-of-citizens>>. Acesso em: 19 maio 2017.

JOBIM, Marco Félix. **As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação**. 2012. 298 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

JOMMI, Alessandro. *Il référé provision: ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Itália*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

KERKATLY, Yehia. *Le juge administratif et les libertés publiques en droits libanais et français*. 2013. 361 f. Tese (Doutorado em Direito) - Université de Grenoble, Grenoble,

2013. Disponível em: <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01002615>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

KHALED JÚNIOR, Salah H. Oskar Von Bülow e a difusão das idéias de relação jurídica e pressupostos processuais. **Panóptica**, Vitória, v. 4, p. 19-41, 2010. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_5.3_2010_19-41>. Acesso em: 22 maio 2017.

LACABARATS, Alain. Capítulo 323. Référé. In: GUINCHARD, Serge (Coord.). **Droit et Pratique de la Procédure Civile Droit Interne et Européen**. 9. ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 958-974.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tocantins: Intelectos, 2003, 3v.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 1. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Tradução da 4. ed. do Manuale di Diritto Processuale Civile, Milão: Giuffrè, 1980. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LÔBO, Marcelo Jatobá. Direitos antidumping (crítica de sua natureza jurídica). Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/521911>. Acesso em: 28 jul. 2017.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 116, p. 29-39, jul./ago. 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, tutela antecipada e os três pecados capitais. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-tutela-antecipada-e-os-tres-pecados-capitais>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Interesse público e direitos do contribuinte**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. v. 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. 3: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

_____. **Da tutela cautelar à tutela antecipatória**. Disponível em: <www.marinoni.adv.br>. Acesso em: 07 ago. 2017.

_____. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**: administrativo e judicial. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Direito processual tributário brasileiro**: administrativo e judicial. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. **Direito processual tributário brasileiro**: administrativo e judicial. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Adhemar; BERUTTI, Flávio; FARIA, Ricardo. **História: Os caminhos do Homem**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1995.

MAZURKEVIC, Arion. **A medida cautelar satisfativa e a tutela antecipatória**. Disponível em: <<https://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/5198935>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Mandado de segurança**. 31. ed. Atualizada por Arnaldo Wald, Gilmar Ferreira Mendes e Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELIN-SOUCRAMANIEN, Béangère. *Le juge des référés et le contrat*. 1. ed. Aix-Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (Coord.). **Mandado de segurança individual e coletivo**: Lei 12.016/2009 comentada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, e-book.

MERRILL S. S.. *Law of mandamus*. 1. ed. Chicago: T. H. Flood and Company, 1892. Disponível em: <www.archive.org>. Acesso em: 12 dez. 2017.

MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/html/1.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e Estabilização da Antecipação da Tutela. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano XI, n. 63, p. 24-29, nov./dez. 2014.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, e-book.

MORAES, José Roberto de. Prerrogativas processuais da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coords.). **Direito Processual Público**: a Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado: estabilização da estabilização?. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 40, n. 242, p. 223-248, abr. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 04 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). PALUMBO, Giuliana; GIUPPONI, Giulia; NUNZIATA, Luca; MORA-SANGUINETTI, Juan. *Judicial performance and its determinants: a cross-country perspective*. Junho de 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/eco/growth/FINAL%20Civil%20Justice%20Policy%20Paper.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

PACÍFICO, Delma. **Planos econômicos marcaram as décadas de 80 e 90 no Brasil:** julgamento sobre perdas na poupança causadas pelos planos foi adiado pelo STF e ainda está sem data definida. Disponível em: <<http://brasileconomico.ig.com.br/vida-e-estilo/2014-05-30/planos-economicos-marcaram-as-decadas-de-80-e-90-no-brasil.html>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. O *référé* francês. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, n. 203, p. 99-118, jan. 2012.

PIASECKI, Julien. *L'office du juge administratif des référés: Entre mutations et continuité jurisprudentielle*. 2008. 542 f. Tese (Doutorado em Direito) – *Université du Sud Toulon Var*, 2008. Disponível em: <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00370824>>. Acesso em: 25 dez. 2017

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Audiência de conciliação ou de mediação:** o art. 334 CPC e a nova sistemática do acordo judicial. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (Org.). *Processo em Jornadas*. 1ed. Salvador: Juspodvm, 2016, v. 1, p. 445-453.

_____. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Uma leitura processual dos Direitos Humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga. (Coord.). **Temas sobre Direitos Humanos:** estudos em homenagem a Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 63-80.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil conforme aux programme officiel des facultés de Droit*. Paris: *Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence*, 1923. Disponível em: <www.gallica.bnf.fr>. Acesso em: 23 maio 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I de 1969**. Tomo V (arts. 153, §2º - 159). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil** [de 1939]. v. III,1. (arts. 298-464). Edição Revista Forense. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948.

_____. **História e prática do habeas corpus**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

_____. **Tratado das ações**. Tomo I: ação, classificação e eficácia, e tomo VI: ações mandamentais. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

PORTUGAL. Ordenações Afonsinas. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. Ordenações Manuelinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

PRUDENZANO, Lorenzo. **Commissario ad acta**. In: Altalexpedia: *enciclopedia giuridica online*. Verbete atualizado em: 23 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=13680>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. O poder-dever do Estado de fazer acordo em juízo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 590-618, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 21 jul. 2017.

_____. O princípio da cooperação e a exibição de documento ou coisa no Processo Civil. 2014. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.bdtd.uerj.br>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, n. 244, p. 167-194, jun. 2015.

REINO UNIDO. *United Kingdom House of Lords. O'Reilly v Mackman* [1983] 2 AC 237, [1983] UKHL 1. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1983/1.html>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

RIO DE JANEIRO (Estado). Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>>. Acesso em: 06 mar. 2014.

ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. **Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/09**. Curitiba: Juruá, 2011.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o princípio da Supremacia do interesse Público. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23-116.

SARMENTO, George. As gerações dos direitos humanos e os desafios da efetividade. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Gera%C3%A7%C3%B5es-dos-direitos-humanos-e-os-desafios-de-sua-efetividade1.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2017.

SAVIGNY, Frédéric-Charles de. *Traité de la possession en droit romain, par Frédéric-Charles de Savigny. 7e édition publiée d'après les notes laissées par l'auteur et augmentée d'un appendice sur l'état actuel de la doctrine par M. Adolf Friedrich Rudorff, traduit de l'allemand par Henri Staedtler*. 7. ed. Bruxelles : Bruylant-Christophe & Compagnie, Libraires-Editeurs, 1866, p. 476. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

SILVA, Ana Karina Mainardes da. **Mandado de segurança: o risco da concessão de medidas liminares irreversíveis**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18586/mandado-de-seguranca-o-risco-da-concessao-de-medidas-liminares-irreversiveis/1>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista Forense**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 93, n. 338, pp. 149-158, abr./ jun. 1997.

SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao Novo CPC: da tutela da evidência e da tutela satisfativa última parte. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 39, v. 235, p. 151-186, set. 2014.

STRICKLER, Yves. *Le juge du référé, juge du provisoire*. 1993. 949 f. Tese (Doutorado em Direito) - Université Robert Schuman - Strasbourg III, Strasbourg, 1993, 2 tomos.

_____. *Le juge du référé, juge du provisoire*. 1. ed. Sarrebruck: Éditions Universitaires Européennes, 2010.

_____. *L'évolution contemporaine du référé et des procédures d'injonction*. **Revista de Processo**, São Paulo : RT, v. 41, n. 261, p. 167-196, nov. 2016.

_____. *Procédure civile*. 6. ed. Bruxelles: Larcier, 2015, e-book.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, v. 209, p. 13-37, jul./2012.

_____. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. Disponível em: <<http://www.dirittosuweb.com/aree/rubriche/record.asp?idrecord=594&cat=19>>. Acesso em: 04 out. 2017.

_____. *La motivación de la sentencia civil*. 1. ed. Traducción de: *La motivazione della sentenza civile*. Tradução: Lorenzo Córdova Vianello. Cidade do México: *Tribunal Electoral del Poder Judicial de La Federación*, 2006. Disponível em: <<http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/motivacion.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 40 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, e-book.

_____. Direito fundamental à duração razoável do processo. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo**. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, e-book.

TOURNIER, Joseph. *De la Condamnation à des dommages-intérêts, considérée comme moyen de contrainte et comme peine*. Thèse pour le doctorat. Faculté de Droit de Montpellier. Montpellier: Imprimerie Ricard Frères, 1896. Disponível em: <www.gallica.bnf.fr>. Acesso em: 30 maio 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempetividade da prestação jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 97, p. 333, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67551/70161>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. Terceira Seção. Acórdão proferido nos processos apensos C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P. Papierfabrik August Koehler AG, Bolloré SA e Distribuidora Vizcaína de Papeles SL versus Comissão das Comunidades Europeias. Julgado em: 3 set. 2009. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

UOL ECONOMIA. **Entenda o que é o IPCA**. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2007/09/14/entenda-o-que-e-o-ipca.htm>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

VARNEK, Alexey. *Le juge des requêtes, juge du provisoire*. 2013. 712 f. Tese (Doutorado em Direito) – *Université de Strasbourg*, 2013. Disponível em: <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01059054>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

VASAK, Karel. *A 30-year struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights*. **The Unesco Courier**, Paris, p. 29 e 32, nov. 1977. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2017.

VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. **Procédure civile**. 23 ed. Paris: Dalloz, 1994.

XIFARAS, Mikhaïl. *L'Ecole de l'Exesese etait-elle historique ? Le cas de Raymond-Theodor Troplong (1796-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny*. In: MOHNHAUPT, Heinz; KERVEGAN, Jean-François (Coord.). **Infuences et receptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2001, p. 177-209. Disponível em: <<https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01027592>>. Acesso em: 22 maio 2017.

WALD, Arnoldo. A nova lei do mandado de segurança (Lei 12.016, de 07.08.2009). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 894, p. 9-22, abr. 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma CPC**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002.

WOOLF, Harry; JOWELL, Jeffrey; LE SUEUR Andrew; DONNELLY, Catherine M.; HARE, Ivan; DE SMITH, Stanley. **De Smith's judicial review**. 7. ed. Londres: Sweet and Maxwell, 2013.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Mandado de segurança coletivo**: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, e-book.