

A CAUÇÃO COMO CONDIÇÃO PARA A CONCESSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

VALTER BARROSO JUNIOR

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP
R. Monte Alegre, 984 - Perdizes, São Paulo - SP, 05014-901
vbarrosojr@gmail.com

Resumo

Com o advento da Lei 12016/2009, a possibilidade do juiz exigir a apresentação de caução para conceder liminar em mandado de segurança, passou a ter previsão expressa no artigo 7º, inciso III do referido diploma legal. Este artigo procura fomentar a discussão sobre a constitucionalidade do referido dispositivo legal, apresentando o entendimento da doutrina e jurisprudência sobre o assunto.

Palavras-chave: Mandado de segurança. Liminar. Caução. Constitucionalidade.

Abstract

With the enactment of Law 12016/2009, the possibility of the judge require the submission of collateral to grant liminary in an injunction, now has express provision in Article 7, item III of the said law. This article aims to foster discussion on the constitutionality of the same law, with the understanding of the doctrine and jurisprudence on the subject.

Keywords: Injunction – Liminary – Judicial Security - Constitutionality

1. Introdução

Esse artigo visa fazer uma breve análise sobre a possibilidade, introduzida pelo art. 7º, III da Lei 12.016/09, do juiz ter o poder de exigir caução para concessão delimitar em mandado de segurança, uma vez que trata-se de uma garantia constitucional prevista no art. 5º, inc. LXIX da Constituição Federal e por esse motivo, uma vez preenchido os requisitos para a sua concessão, não poderia encontrar óbice em norma infraconstitucional.

Inicialmente, vamos expor algumas considerações sobre o mandado de segurança e os pressupostos necessários para a concessão de suas liminares, sempre norteado pela garantia constitucional do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

A possibilidade de o magistrado exigir caução para concessão de liminares em mandado de segurança será analisando pelo seu viés constitucional, demonstrando a posição da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, analisando, com isso, se as liminares passaram a ter mais um pressuposto para a sua concessão.

Será analisada a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4296- DF proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, questionando, justamente, a inconstitucionalidade da possibilidade de exigência de caução prevista no art. 7º, inc. III da Lei 12.016/09 para a concessão do mandado de segurança, sob o fundamento de que lei infraconstitucional não pode limitar a aplicação de uma norma constitucional.

E por fim, será apresentada a conclusão sobre a constitucionalidade ou não do artigo 7º, inciso III da Lei 12.016/09, que autoriza o juiz exigir caução para conceder liminar em mandado de segurança, com fundamento nos estudos doutrinários e jurisprudência realizados para produzir esse artigo.

O objetivo principal desse artigo é desenvolver, um pouco mais, a discussão sobre a exigência de caução para concessão das liminares em mandado de segurança,

bem como, sobre a sua viabilidade e a forma de utilização, sempre respeitando as garantias fundamentais asseguradas pela constituição federal, que não podem, em hipótese alguma, sofrer qualquer tipo de restrição.

2. Noções gerais sobre mandado de segurança

O instituto do mandado de segurança é uma garantia constitucional prevista no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em seu artigo 5º, inciso 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.

Por ser uma garantia fundamental, assegurada pela Constituição Federal, não poderá ter sua abrangência diminuída por legislação infraconstitucional, nem tão pouco sofrer restrições, sob pena de inconstitucionalidade. Por esse motivo, as legislações infraconstitucionais sempre buscaram determinar o modus operandi a ser adotado para impetrar o mandado de segurança e assim assegurar a garantia constitucional, mas nunca limitando o alcance do writ.

Dessa maneira, a Lei 12.016/2009 surgiu para disciplinar o Mandado de Segurança Individual e Coletivo e revogar a lei anterior que vigia a mais de 50 anos (Lei nº 1533/1951 e as Leis 4348/1964 e 5021/1966), reforçando as determinações contidas na Constituição Federal de 1988, procurando harmonizar com a jurisprudência do STF e STJ e atualizar a forma procedimental em consonância com o atual Código de Processo Civil.

O mandado de segurança é uma garantia constitucional para todos os cidadãos brasileiros que tenham seus direitos violados por atos ilegais ou arbitrários de autoridade pública, que não comportam habeas data e habeas corpus, e sua mais clássica definição foi feita por Hely Lopes Meirelles (2012, p. 27-29) que nos ensina que o “mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição

de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não amparado por habeas corpus ou habeas data, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; art. 1º da Lei 12.016 de 7.8.2009). Caso o direito ameaçado ou violado caiba a mais de uma pessoa, qualquer uma delas poderá requerer a correção judicial (art. 1º, § 3º, da Lei 12.016/09)”.

A necessidade de uma perfeita interpretação do instituto do mandado de segurança em consonância com a sua finalidade constitucional é fundamental para a correta aplicação dessa importantíssima garantia constitucional. A lição de Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. 5-6), mesmo antes da promulgação da Lei 12.016/09, já apontava a importância dessa leitura constitucional do mandado de segurança:

“Dada a previsão constitucional do mandado de segurança, não pode haver dúvidas quanto à circunstância de ele ser mecanismo apto a coibir qualquer atividade ilícita em suas mais diversas formas de manifestação por qualquer um que exerça função pública. Qualquer interpretação relativa ao mandado de segurança não pode desviar-se dessa ideia central, e que decorre direta e inequivocamente da Constituição: é ele mecanismo de defesa do cidadão contra a prepotência do Estado ou de quem produza atos ou fatos jurídicos em nome do Estado. Trata-se, pois, de nítido mecanismo do particular contra o Estado e não o contrário. Essa opção, claramente feita no texto constitucional, como, de resto, em toda a gênese e o desenvolvimento do instituto, é inafastável para o intérprete e deve acompanhá-lo em cada dúvida, em cada indagação, em cada questão interpretativa que lhe seja posta para solução. Mas não é só. A exemplo de todos os direitos e garantias definidos na Constituição, prescinde o mandado de segurança de qualquer disciplina infraconstitucional para o seu funcionamento e aplicação concretos, nos exatos termos do § 1º do art. 5º da Constitui-

ção Federal. Evidentemente que lei alguma (anterior ou posterior à Constituição de 1988) pode burlar a grandeza constitucional do instituto porque, rigorosamente e consoante expressa vontade do texto constitucional, qualquer lei que queira disciplinar o mandado de segurança é despicienda. Nenhuma interpretação do texto legal pode, portanto, querer frustrar ou criar embaraços para o pleno desenvolvimento do mandado de segurança e para o atingimento de sua missão constitucional”.

A mesma linha é adotada por André Ramos Tavares (2009, p.22) onde o mandado de segurança deve realizar-se na sua grandeza constitucional, e jamais sucumbir a pretensões minimalistas e reducionistas que o legislador eventualmente vier a estabelecer. É essa diretriz institucional que há de prevalecer para a leitura de qualquer legislação que trate de disciplinar o mandado de segurança.

O mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial por isso enquadra-se no conceito de causa, enunciado pela Constituição da República, para fins de fixação de foro e juízo competentes para o seu julgamento.

Visa, precipuamente, à invalidação de atos de autoridade ou à supressão de efeitos de omissões administrativas capazes de lesar direito individual ou coletivo, líquido e certo do impetrante. (MEIRELLES, 2012, p.33)

Por ato de autoridade, deve-se entender todo ato praticado por agente público que detém poder de decisão e é titular de uma esfera de competência; como diz a norma legal, pouco importa a sua categoria, ou as funções que exerça (art.1º da Lei 12.016/2009). Neste passo, são autoridades públicas os representantes da administração pública direta (União, Estados, Distrito Federal, Municípios) e os agentes da administração indireta (autarquias e fundações); ambos os casos, verifica-se indiscutível atuação em nome de pessoas jurídicas de direito público, motivo pelo qual não há como lhes afastar a qualidade de autoridade pública. (DIDIER JR, 2011, p.114)

Direito Individual, para fins de mandado de segurança, é o que pertence a quem invoca, e não apenas à sua categoria, corporação ou associação de classe. É direito próprio do impetrante. Somente este direito legitima a impetração. Se o direito for de outrem, não autoriza a utilização de mandado de segurança, podendo ensejar ação popular ou ação civil pública. (MEREILLES, 2012, p.36).

Direito líquido e certo é o direito documentalmente acertado. O rito do mandado de segurança não permite instrução, não permite dilação probatória, por isso, ao não se possibilitar dilação probatória, cabe ao impetrante demonstrar, quando da propositura da demanda, a ilegalidade ou o abuso de poder sofrido por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exercem.

Direito documentalmente acertado quer dizer direito capaz de ser comprovado de plano, ou seja, o impetrante deverá demonstrar, por intermédio de documento inequívoco, que o julgador poderá decidir seu pedido sem necessidade de qualquer tipo de prova. (FERRARESI, 2010, p. 6)

O mandado de segurança, por se tratar de rito especial de caráter constitucional terá prioridade sobre todos os demais processos, exceto para o habeas corpus

3. Liminar em mandado de segurança

A expressão liminar traduz a ideia de algo que é concedido ab initio, no limiar inicial do processo. A sua origem é latina (*liminare* – da soleira), e o seu significado está associado a algo que é posto à entrada, no início, como aquilo que antecede algo. (GONÇALVES, 2012, p.706)

Sendo o mandado de segurança um remédio constitucional destinado a corrigir desvios praticados por agentes públicos detentores de poderes que, para desempenho de suas funções, precisam ser-lhes outorgados, o mandado de segurança exige um procedimento célere, apto a possibilitar uma providência jurisdicional rápida e de eficácia imediata, com a necessidade, muitas das vezes, da

utilização de liminares, para que a decisão final não seja inócua.

A liminar é decisão fundada em cognição sumária, superficial ou incompleta, como consequência da urgência, de que decorre um juízo de probabilidade ou de verossimilhança a respeito do direito do impetrante, suficiente para proteger interinamente a situação jurídica ou o interesse postulados pelo impetrante, de modo tão amplo quanto seja necessário para assegurar a plena eficácia da sentença final, ainda que para esse fim tenha de impor ao Estado algo mais do que simplesmente a suspensão do ato impugnado.

A previsão legal para a concessão de liminar em mandado de segurança encontra guaridano art. 7º, inciso III da Lei 12016/09:

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

- I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;
- II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;
- III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Segundo o professor Eurico Ferraresi (2010, p. 48), em sua obra sobre mandado de segurança, “o inciso III do art. 7º da Lei n. 12016/2009 afirma que o juiz, ao despachar a inicial, “ordenará” que se suspenda o ato que deu causa ao pedido quando existir “fundamento relevante” e do ato impugnado “puder resultar a ineficácia da medida, se deferida no final do feito. Trata-se da liminar em mandado de segurança. Liminar, porque concedida no início

do processo, no momento em que o juiz vai “despachar” a inicial.

Nas sábias palavras de Teresa Arruda Alvim Pinto (1989, p.18) “o que caracteriza, de maneira marcante, o mandado de segurança, é a possibilidade de concessão de medida liminar que pode, ou não, corresponder àquilo que se pleiteia no pedido (lide, pretensão), propriamente dito”. E completa dizendo que “é pressuposto de preservação da possibilidade satisfativa do direito do impetrante, na sentença. Objetiva, como se observou, obstar que o lapso de tempo, que medeia a propositura da ação e a sentença, torne o mandamento, que possa nela vir a ser contido, inócuo, do ponto de vista concreto.”

Já a ilustre Carmem Lúcia Antunes Rocha (1990), leciona que “a liminar é, pois, uma medida de garantia inserida na ação mandamental para que a segurança buscada e que, afinal, venha a ser prestada, possa cumprir a sua específica utilidade em benefício daquele que foi atingido por ameaça ou lesão a direito seu. O mandado de segurança visa atribuir a alguém um bem de vida de essência valorada e assegurado pela Constituição, sendo a liminar o instrumento processual garantidor da possibilidade de se satisfazer aquele objetivo atributivo pela própria manutenção do bem até o momento final da ação”.

André Ramos Tavares (2009), com precisão, sustenta que a “previsão da liminar, entenda-se, é consubstancial à própria lógica imanente à previsão de tão célere remédio constitucional, fazendo “parte da própria estrutura deste”.

Eduardo Arruda Alvim (2014, p.194) argumenta que a “liminar visa assegurar o resultado prático da sentença do próprio mandado de segurança, ou seja, a liminar tem por escopo possibilitar que essa sentença seja, efetivamente, apta a proporcionar a garantia in natura ao impetrante”.

De maneira definitiva, Hely Lopes Meirelles (2012, p.92), ao analisar a liminar na nova lei do mandado de segurança nos ensina que “a medida liminar é o provimen-

to de urgência admitido pela própria Lei de Mandado de Segurança “quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida.”(art. 7º, III, da Lei 12.016/2009).

Muito se discutiu na doutrina sobre a natureza jurídica da liminar em mandado de segurança, se cautelar ou antecipatória. A medida liminar pode ter natureza cautelar ou satisfativa, e visa a garantir a eficácia do possível impetrante, justificando-se pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa.

O certo é que, em muitos casos, sobressai na liminar de segurança um “quê de cautelaridade”. Outras vezes, predomina o cunho antecipatório, entendida a expressão no sentido de que “a liminar, ao antecipar os efeitos fáticos que possam decorrer da prolação da sentença... [pode fazer] surgir uma identidade entre a providência que se pretende ao final da ação e aquela que se obtém liminarmente”. (ALVIM, 2104, p.192)

Na atualidade, não se justifica persistir na contenda a respeito da natureza jurídica da liminar em mandado de segurança, se cautelar ou antecipatória. Na feliz imagem de Cândido Rangel Dinamarco(2002, p.207), a discussão é desnecessária, pois cautelar ou antecipação são “duas faces de uma moeda só” voltadas a “neutralizar os males do tempo-inimigo”.

A preocupação deve centrar-se na busca de um processo justo e equo. Presente o “fundamento relevante”, e apurado que a concessão da segurança, ao final, poderá acarretar a ineficácia da medida, suspende-se o ato, independentemente de esta prática antecipar os efeitos do provimento final ou apenas consistir em medida de apoio ao processo. (FERRARESI, 2010, p.48)

4.Pressupostos para concessão da liminar

Os motivos que levaram os legisladores a permitir a criação da medida liminar, em mandado de segurança, deve-se, por um lado, à própria importância do objeto da

ação mandamental e, por outro, certamente a esse inafastável imperativo em assegurar-se que a eventual concessão da segurança, no seu tempo certo, terá, efetivamente, os resultados esperados, e não será uma declaração de direito sem expressão, e sem a necessária efetividade, capaz de transformar ou impedir a concretização das situações passíveis de consequências irreversíveis.

O pedido de liminar, em mandado de segurança, é concedido “initio litis” se concorrerem os seus dois pressupostos legais: a) a **relevância do fundamento** (“fumus boni juris”); b) o perigo de um prejuízo, se do ato impugnado puder resultar a **ineficácia da medida** caso seja deferida a segurança (“periculum in mora”). Em outras palavras, há de ser demonstrada a plausibilidade do direito afirmado (direito líquido e certo) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito.

Para a concessão da liminar devem ocorrer os dois pressupostos legais, ou seja, a relevância do fundamento em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos como, também, não deve ser concebida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade (MEIRELLES, 2012, p. 93). Existe um juízo técnico-jurídico determinado, não se colocando a discricionariedade do juiz.

Para Cássio Scarpinella Bueno (2010, p 64) “fundamento relevante” faz as vezes do que, no âmbito do “processo cautelar”, é descrito pela expressão latina *fumus boni iuris* e do que, no âmbito do “dever-poder geral de antecipação”, é descrito pela expressão “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”. Todas as expressões, a par da peculiaridade procedimental do mandado de segurança, devem ser entendidas como significativas de que, para a concessão da liminar, o impetrante deverá convencer o magistrado de que é portador de melhores razões que a

parte contrária; que o ato coator é, ao que tudo indica, realmente abusivo o ilegal.

Quando se diz que, para a concessão da liminar, é necessário que haja relevância dos fundamentos do pedido, exige-se, pois, mais do que a mera fumaça do bom direito do processo cautelar. A concessão de liminar em mandado de segurança pressupõe que o juiz tenha dado os fatos, ainda que em juízo provisório, por suficiente provado. (ALVIM, 2014, p. 196)

O risco de ineficácia da segurança é expressão que deve ser entendida da mesma forma que a consagrada expressão latina *periculum in mora*, perigo na demora da prestação jurisdicional. O mandado de segurança é um instrumento destinado a assegurar uma prestação in natura ao impetrante. O perigo da demora significa que se não concedida a ordem liminar pleiteada, a sentença será inútil instrumento capaz de assegurar ao impetrante a garantia in natura pleiteada. (ALVIM, 2014, P. 199).

Presentes os requisitos ensejadores da medida liminar em sede de mandado de segurança, a concessão da medida liminar será ínsita à finalidade constitucional da proteção ao direito líquido e certo, sendo qualquer proibição por ato normativo eivada de absoluta inconstitucionalidade, uma vez que se restringiria a eficácia do remédio constitucional, deixando desprotegido o direito líquido e certo do impetrante. (MORAIS, 2011, p. 173)

Dessa maneira, se presente os pressupostos para a concessão da liminar, a mesma deve, obrigatoriamente, ser concedida, pois trata-se de um ato vinculado do juiz, que não poderá agir com discricionariedade. Conforme Nelson Nery Jr (2012, p.1972) “a liminar deve ser concedida ex officio, se presentes os pressupostos para tanto. Não é ato discricionário, mas vinculado, presente os requisitos, o juiz é obrigado a conceder a liminar”.

Mas, com o advento do art. 7, III da lei 12016/2009, que possibilitou ao juiz exigir caução para conceder liminar em mandado de segurança, abriu-se uma porta para que a discricionariedade seja utilizada pelo magistrado, e

assim, mesmo diante de um direito líquido e certo, face a um abuso de autoridade ou ato ilegal praticado por ente público, preenchido os requisitos da liminar, a simples falta de caução poderá ser suficiente para obstar a garantia fundamental assegurada pela constituição federal.

Com isso, teve início as discussões sobre a constitucionalidade do artigo 7º, inciso III da Lei 12016/2009 e se a norma infraconstitucional havia criado mais um pressuposto de admissibilidade para a concessão da liminar.

5. A exigência de caução para concessão de liminar em mandado de segurança

A Lei 12.016/2009, em seu art. 7º, III, consignou expressamente a possibilidade de condicionamento da liminar à prestação de garantia, ao facultar ao juiz exigir do impetrante caução, fiança ou depósito com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica interessada.

Leis ou atos normativos que proíbam ou reduzam a possibilidade de concessão de liminares em sede de mandado de segurança, poderá o juiz afastar, difusamente, a incidência daquelas espécies normativas por inconstitucionalidade, e conceder a necessária medida. (MORAIS, 2011, p. 173)

Ao exigir contracautela para a concessão de liminares em mandado de segurança, a legislação infraconstitucional encontra óbice em norma constitucional prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que garante a todos os indivíduos o livre acesso à justiça.

Nas palavras de Nelson Nery JR (2012, p. 1972), “ter direito constitucional de ação (CF 5º, XXXV) significa obter do Poder Judiciário tutela jurisdicional adequada. Caso o impetrante necessite de medida liminar, só haverá para ele direito constitucional de ação se o juiz lhe conceder a liminar, que no caso, é a tutela jurisdicional adequada ao caso concreto. Do mesmo modo, ainda que haja lei vedando ou dificultando a concessão da liminar nesse ou naquele caso, se for necessária o juiz tem de concedê-la, sob pena de ferir frontalmente o princípio constitucional do

direito de ação”.

Se a todos é assegurado a garantia constitucional de acesso à justiça, para que o Poder Judiciário aprecie qualquer lesão ou ameaça a direito, da mesma maneira, importantíssimo, que seja assegurado o direito ao acesso à justiça para garantia direito líquido e certo, previsto, igualmente, na legislação constitucional.

Por esse motivo, a garantia constitucional do mandado de segurança previsto no art. 5º, inciso LXIX, sempre deverá ser interpretado em harmonia com o artigo 5º, inciso XXXV, que garante acesso à justiça aqueles que tiverem seus direitos ameaçados ou violados.

A concessão de liminar, em mandado de segurança, como regra, condicionada à prestação de caução, implica uma exigência adicional à mesma, que, desde logo, acentue-se, não encontra respaldo no Texto Constitucional. (ALVIM, 2014, p. 255)

Portanto, condicionar a liminar a caução seria uma forma de atrofiar a garantia constitucional do mandado de segurança, que na grande maioria dos casos, sem a liminar, não se torna verdadeiramente eficaz. Na lição de Lúcia Valle Figueiredo (2004, p.146) o mandado de segurança, por ser garantia especial, a caução só poderá se justificar em circunstâncias especialíssimas sob pena de se empecer o direito público subjetivo do indivíduo, a garantia do rito sumaríssimo, em determinadas situações.

Embora teoricamente o reconhecimento de direito líquido e certo não deve ser condicionado a uma contra garantia por parte do impetrante, há casos nos quais tal procedimento se justifica no interesse de ambas as partes, podendo o titular do direito lesado exercê-lo de imediato e tendo a autoridade uma garantia de pleno ressarcimento no caso de modificação final da decisão proferida. (MEIRELLES, 2012, p.93)

Conforme DIDIER JR (2011, p.138), excepcionalmente, pode ser exigida pelo magistrado a contracautela, isto nas hipóteses em que, cumulativamente, haja risco de dano grave e irreparável para a administração pública e, ainda, as circunstâncias do caso concreto levem o julgador a crer que, sem a caução, há real probabilidade deste pre-

juízo não ser, ao final, reparado pelo impetrante.

Não se pode dizer que a norma seja inconstitucional, mas se, no caso concreto, vier a obstar a garantia do instrumento constitucional de tutela de direitos não pode ser exigida, como, por exemplo, se o impetrante for pobre e não puder prestar a caução, fiança ou fazer depósito de qualquer quantia. Cabe ao juiz ponderar o mal maior, se a negativa da concessão da medida liminar ou o prejuízo da pessoa jurídica, devendo prevalecer a tutela de direitos, desde que fundamento da impetração seja relevante (GRECO FILHO, 2010, p.31)

Exatamente nesse ponto, no caso do impetrante não possuir recursos financeiros para suportar a caução imposta pelo magistrado, os defensores da inconstitucionalidade do art. 7º, inciso III da Lei 12016/2009, sustentam que haveria um verdadeiro apartheid social, onde somente as pessoas com recursos financeiros teriam a possibilidade de conseguir a liminar em mandado de segurança, o que configuraria afronta ao art. 5º, LXXIV da Constituição Federal, que assegura assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados.

Conforme entendimento de Cássio Scarpinella Bueno (2010) para que não ocorra agressão ao modelo constitucional do mandado de segurança à caução é considerada pressuposto para a concessão da liminar, pois se assim fosse, prestigiaria os mais abastados em detrimento dos hipossuficientes em juízo, razão suficiente para descartá-la também por violação ao princípio da isonomia. A posição de Teori Albino Zavascki (2008, p. 244), é contundente, e por esse motivo, data vênica, transcrevo

Não se pode concordar, por isso com a afirmação de que a exigência de contracautela é incompatível com a garantia constitucional do mandado de segurança. Ao contrário: é exatamente da Constituição que essa medida retira a sua legitimidade. O direito constitucional à utilidade da jurisdição, mesmo em mandado de segurança, existe tanto em favor do impetrante quanto do impetrado. Não teria sentido que, a pretexto de afastar perigo ao direito de um, se vies-

se a criação situação de risco ao direito do outro. Por isso, para garantir o direito do impetrado de não sofrer dano irreparável, não só é cabível, senão que é também imposição constitucional indeclinável, que o juiz, ao conceder a liminar, exija do impetrante as garantias julgadas necessárias à eventual recomposição do status quo ante.

A discussão sobre a legalidade da exigência da caução pela doutrina, bem como, as decisões conflitantes no Superior Tribunal de Justiça, acabou por originar a Ação Direta de Inconstitucionalidade que será abordada a seguir.

6. Adinnº 4296 contra o art. 7º, III da Lei 12.016/09

O Conselho Federal da OAB em 14.09.2009 propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.296-DF) sustentando o seguinte:

“Não obstante certa discussão sobre tal exigência no âmbito da doutrina e da jurisprudência, o fato é que mais uma vez o legislador inovou onde a Carta da República nada dispôs, considerando, sobretudo, a natureza constitucional e mandamental dessa via protetiva.

Tal disposição é dotada de evidente inconstitucionalidade, posto que **limita a capacidade postulatória aos mais dotados econômica e financeiramente, sendo imperioso lembrar, aliás, que conceder liminares, uma vez satisfeitos os requisitos legais, é obrigação do magistrado, não mera faculdade sua!**

A questão nodal, assim, reside na premissa de que a exigência de caução, fiança ou depósito, **minimiza e amesquinha o postulado constitucional do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88)**, porquanto o direito à tutela efetiva e à proteção adequada são universalmente reconhecidos.

É dizer, de outro modo, **que basta a relevância do fundamento e o risco de prejuízo irreparável**, cabendo ao Poder Judiciário a salvaguarda do direito líquido e certo do impetrante e sem criar um verdadeiro “apartheid” social.

Não cabe ao legislador, portanto, inserir dispositivo que condicione a concessão de liminar à prestação de caução. Não cabe ao legislador, portanto, inserir dispositivo que condicione a concessão de liminar à prestação de caução,

STJ. 2ª T., ROMS 324-90, m. v., rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 22-11-1993, p. 24922 – contrária a exigência de caução.

STJ 1ª T., REsp 46.919094, v. u., rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 28-11-1994 – favorável a exigência da caução.

fiança ou depósito, sob pena de esvaziar o conteúdo mandamental e a natureza do mandado de segurança. Sequer é possível imaginar, nos dias atuais e considerando a prática forense diuturna, que os jurisdicionados teriam condições de oferecer garantias, seja de quaisquer naturezas (fidejussórias ou reais), **para obtenção de provimento jurisdicional mandamental, sendo de clareza solar que o dispositivo em foco ofende a literalidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição, na exata dicção do art. 5º, XXXV, da CF/88.**

A liminar, como se vê, acha-se ínsita na própria definição constitucional do instituto do mandado de segurança, sendo inadmissível que o legislador infraconstitucional preveja condições outras para o seu deferimento que não sejam aquelas decorrentes dos seus pressupostos e da natureza de antecipação provisória dos efeitos do provimento final.

Patente, portanto, a inconstitucionalidade do inciso III, do art. 7º, da Lei nº 12.016/09, em relação ao art. 2º, 5º, incisos XXXV e LXIX, da Carta Maior, sobretudo pela imposição de restrições incompatíveis com a natureza, abrangência e tutela protetora da ação mandamental, cuja suspensão de eficácia do dispositivo ora se requer.

Segundo o parecer da Advocacia Geral da União realizado na ADI 4.296-DF:

“Quanto a este ponto (inconstitucionalidade do art. 7º, III da Lei 12.016/2009), é de se considerar que inexistente o alegado vício de inconstitucionalidade, **na medida em que o legislador utilizou a expressão “sendo facultado exigir do impetrante”, o que implica dizer que não vinculou a exigência da caução, o que ai sim, seria ofensivo ao texto constitucional, mas concedeu ao magistrado a possibilidade de,** presente a necessidade de se preservar o erário público, exigir caução do impetrante, o que, via de regra, só ocorrerá nos casos em que estiverem envolvidos altos valores e o perigo de irreversibilidade da medida. Mesmo assim, é uma faculdade concedida ao juiz, não uma imposição.

Evidentemente, o magistrado levará em conta, na apreciação da necessidade de exigir caução, a condição de hipossuficiência do impetrante.

Bastante precisas foram as colocações doutrinárias a respeito da análise a ser feita pelo magistrado (na mensuração da caução), **quanto a possibilidade de ocorrência de prejuízos com a concessão da liminar, sem deixar de lado a imperiosa necessidade de observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para que não seja malferida a garantia constitucional do pleno acesso à justiça e de tutela de urgência.**

Destacou-se ainda a necessidade da pertinente e adequada fundamentação para a exigência da garantia para a concessão da liminar.

Pode-se notar, pois, que o intuito do legislador foi preservar o erário público em face do uso indiscriminado de mandado de segurança, especialmente em questões tributárias, sem olvidar, contudo, as garantias constitucionais de acesso à justiça e a hipossuficiência do impetrante.

Assim sendo, improcede, também quanto a este dispositivo legal, a alegada inconstitucionalidade.

Analisando os argumentos lançados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e pela Advocacia Geral da União – AGU, percebe-se que a grande dificuldade é em limitar até que ponto o juiz poderá utilizar dessa faculdade, de exigir caução para deferir a liminar em mandado de segurança, sem violar as garantias constitucionais ao acesso justiça, a gratuidade para os necessitados e a preservação da amplitude do writ.

A ADI 4.296-DF ainda não teve o seu julgamento proferido, estando os autos conclusos com o relator Min. Marco Aurélio, desde 24/05/2011 para proferir o seu voto, e certamente, com o seu julgamento, a maioria das dúvidas aqui expostas serão sanadas, com a convicção, que supremacia das normas constitucionais serão sempre protegidas, como forma de garantir a segurança jurídica em nosso ordenamento.

7. Conclusão

Uma das questões mais controvertidas da nova Lei de Mandado de Segurança, a possibilidade de exigência da caução, não deve ser considerada requisito para a admissibilidade do mandado de segurança. A exigência de caução em mandado de segurança deve ser considerada exceção à regra. Somente em casos extremos, em caráter excepcional, onde existir um evidente risco de prejuízo ao erário público se concedida à medida e, tendo o impetrante, condições financeiras de prestar a contracautela necessária, ressaltando o direito constitucional gratuidade aos necessitados.

Como todas as decisões judiciais devem ser motivadas, quando ocorrer a determinação legal para cautionar em mandado de segurança, certamente, será feito com base doutrinária e jurisprudencial, e não por capricho do magistrado.

O princípio constitucional do acesso à justiça também foi respeitado, no momento em que o art. 7º, III da Lei 12.016/2009 estipula que a caução é uma faculdade do juiz é não uma exigência para ingressar com o mandado de segurança.

Quando do julgamento da ADI 4.296-DF, o STF vai pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou não do art. 7º, inciso III da Lei 12.016/2009, e certamente dará um ponto final em muitos pontos controvertidos sobre o tema.

8. Referências Bibliográficas

ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda. Mandado de segurança no direito tributário—Revista do Tribunais, 1997, São Paulo.

ALVIM, Eduardo Arruda, 1965 - Mandado de segurança – 3ª ed., ref. Atualizada – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014

ARRUDA ALVIM. Mandado de Segurança, Direito Público e Tutela Coletiva – Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção Estudos e Pareceres; II)

BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de Segurança – Comentários às Leis n. 1533/51, 4348/64 e 5021/66 –Saraiva, 4ª ed., 2008.

A nova Lei do mandado de segurança– 2ª ed. ver, atual. e ampl – São Paul: Saraiva, 2010

DIDIER JR, Fredie – Ações Constitucionais –5ª ed., rev., amp.e atualizada – Bahia: Editora Podivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel – Instituições de Direito Processual Civil – São Paulo: Malheiros, 2012.

FERRARESI, Eurico, 1968 – Do mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009 – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança (Individual e

FIGUEIREDO, Lúcia Valle – Mandado de Segurança – 5ª ed., São Paulo: Malheiros: 2004.

FRIEDE, Reis. Aspectos fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Específica e Tutela Antecipada, Forense Universitária, 4ª ed. 1999

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

MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnaldo e MENDES, Gilmar Ferreira- Do mandado de segurança e ações constitucionais. 34ª ed., Malheiros: 2012, São Paulo.

MORAES, Alexandre de – Direito Constitucional – 27ª ed. Atlas, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson – Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante – 12ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

PINTO, Teresa Arruda Alvim. Mandado de segurança contra ato judicial – Revista dos Tribunais, 1989, São Paulo.

TAVARES, André Ramos, 1972 – Manual do novo mandado de segurança: Lei 12.016/2009/ Rio de Janeiro: Do-
rense, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino – Antecipação da tutela – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2008