O REGIME DAS MEDIDAS CAUTELARES NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO A PARTIR DA LEI 1.437/2011: alguns aspectos que merecem destaque*

THE WRIT OF PREVENTION IN COLOMBIAN ADMINISTRATIVE LITIGATION, UNDER ACT 1,437 OF 2011: some noteworthy aspects

Simone de Oliveira Souza

RESUMO

Objetiva demonstrar o funcionamento do regime das medidas cautelares em face da administração pública no ordenamento colombiano. Para tanto, insere, na análise, a Lei 1.437/2011 e aspectos doutrinários e jurisprudenciais de sua vigência, observando as particularidades e a aplicação do novo regime.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; administração pública; medida cautelar; Lei 1.437/2011; Colômbia.

ABSTRACT

The author intends to show how the writ *of prevention is used within the Colombian system, considering its public administration. To this end, she assesses Act 1,437/2011, as well as some doctrine and case law related aspects of its validity, considering both the particularities and the application of the new system.*

KEYWORDS

Administrative Law; public administration; writ of prevention; Act 1,437/2011; Colombia.

* Trabalho apresentado e aprovado como conclusão da disciplina de Justiça Administrativa, oferecida no Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito-PPGSD/UFF, ministrada pelo Prof. Dr. Ricardo Perlingeiro no primeiro semestre de 2017.

1 INTRODUÇÃO

Lidar com o tempo do processo é algo que, **há muito**, acirra vários debates, notadamente por, no mais das vezes, dar-se razão a quem não tem.

Não isento a tal preocupação, o Processo Civil brasileiro traz, em seu ordenamento, as chamadas "tutelas provisórias", cuja finalidade é a de não apenas satisfazer, de maneira antecedente, os efeitos do mérito, como ainda, assegurar a efetividade de suas decisões com a concessão de medidas cautelares.

Não obstante sua regulamentação pelo Código de Processo Civil, no que concerne ditas medidas em processos nos quais figura o Poder Público, estas são tratadas em lei específica, em que a concessão de liminares só será possível mediante prévia audiência.

Também esta é a orientação do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa, ao trazer a previsão de que as medidas provisórias serão concedidas num procedimento baseado em princípios de prioridade e rapidez sempre que houver uma dúvida séria sobre a legalidade do processo administrativo em questão, e a necessidade de proteção for urgente, para fins de assegurar um equilíbrio entre os interesses público e privado.

Em 2011, na busca por convergir as regras internas concernentes à administração pública e aos comandos constitucionais e internacionais, a Colômbia publicou a Lei 1.437, regulando o procedimento e o contencioso administrativo, dentre os quais encontramos as medidas cautelares.

Nesse sentido, serve o presente ensaio para analisar as mudanças advindas com a Lei Colombiana 1.437/2011, para fins de averiguar como restou estabelecido o regime das medidas cautelares na Colômbia; se os requisitos exigidos para sua concessão são os mesmos do Direito brasileiro; seu conteúdo e alcance; como é a disciplina da caução; se há procedimento diferenciado; quais os critérios para revogação da medida e se há previsão de impugnação recursal e, em havendo, de que recurso se valeria a parte.

2 O TEMPO NO PROCESSO

Na sociedade contemporânea, um dos bens mais valiosos é o **tempo**! Apesar da dificuldade existente acerca de seu conceito[1], é o tempo uma das premissas básicas para o alcance do efetivo acesso à justiça, pois justiça tardia é o mesmo que injustiça qualificada (BARBOSA, 1997, p.40).

Todos têm pressa. A vida tornou-se cada vez mais automatizada, e as relações jurídicas beiram à tamanha inconstância e instabilidade. Leciona Passo Cabral que é evidente a alteração dos referenciais temporais nas comunidades humanas a partir do século XX. Desde então, percebeu-se que a sociedade caminha em ritmo mais acelerado do que aquele observado até meados do século passado. E, nesse cenário, as relações jurídicas constituem-se e se modificam com a velocidade não acompanhada pelos procedimentos estatais que as pretendem conformar. O instantâneo, o presente, o urgente, tornaram-se a normalidade de uma "***vida em videoclipe***" (2013, p. 73).

Dificilmente se compatibilizam tempo e processo; se, por um lado, o processo para alcançar sua finalidade depende de certo tempo para se desenvolver e chegar a uma conclusão mais justa e coerente acerca do direito material, por outro, no mais das vezes, acaba-se por frustrar as expectativas e anseios do jurisdicionado que vê neste tempo o mais singelo sepulcro de suas aspirações.

***Sem sombra de dúvida, o tempo ainda é o principal tormento do Processo Civil moderno. Muitas pessoas desistem de litigar diante dos anos – e às vezes décadas – necessários à obtenção de uma decisão exequível* [...]**

Acerca do tema, importante a ilação de Tornaghi: [...] *a melhor maneira de acelerar o processo sem atropelá-lo, conciliando a rapidez com justiça, consiste na fixação do tempo para a prática de cada ato. A marcação de prazos não é apenas o resultado da conveniência, é o efeito da necessidade de harmonizar a justiça e a economia, a segurança e a rapidez. Quer a lei que o processo seja ordenado, mas sem retardamento e sem gastos excessivos, de modo a obter-se uma sentença justa com o máximo de garantia e o mínimo de esforço. Permitir que os atos processuais se pratiquem sem prazo marcado será correr o risco de eternizar os litígios* (TORNAGHI, 1976 apud TUCCI, 1997).

Convém afirmar que o processo deve ser um instrumento democrático destinado à concretização da vontade da lei e posto à disposição da sociedade, primando por uma resposta que possa garantir o direito a quem tem razão, desenvolvendo-se de maneira a alcançar uma tutela jurisdicional efetiva, oportuna e eficiente, consoante assevera Barbosa Moreira: *para o processo ser efetivo é preciso que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico pois esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se destina, assim, será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material* (MOREIRA, 2002 apud DAUDT, 2014).

Sem sombra de dúvida, o tempo ainda é o principal tormento do Processo Civil moderno. Muitas pessoas desistem de litigar diante dos anos – e às vezes décadas – necessários à obtenção de uma decisão exequível (FONTAINHA, 2005, p. 22).

No movimento que se intitulou "*Projeto Florença*[2]", Mauro Cappelletti (1988, p. 26) apontava o tempo como um obstáculo para o acesso à Justiça, denominando de "ondas renovatórias" possíveis reformas a serem realizadas no sentido de aprimorar o acesso à Justiça, retratando, na terceira onda, a necessidade de

se buscar a efetividade da tutela jurisdicional com a criação de novos instrumentos, visto existirem, por sua própria natureza, causas que demandam soluções rápidas em face de outras, que permitem longas deliberações.

Já nos estudos de Cappelletti podemos extrair a efetividade e a celeridade como parâmetros de alcance ao acesso à Justiça, mormente na necessidade de criação de mecanismos hábeis a atingir a plenitude dos direitos lesionados ou ameaçados de lesão. Tratar de maneira uniforme toda e qualquer causa mostra-se distante da realidade social e do próprio direito material que, no mais das vezes, pode não atender nem a conflitos mais complexos, tampouco àqueles de necessária solução mais rápida (PAIM, 2012, p. 13), incidindo no que Kelsen denominou de "moldura normativa", pois a lei é capaz de trazer algumas possibilidades de aplicação (KELSEN, 1998, p. 247).

[...] *não bastam o* fumus boni iuris *e o* periculum in mora *para a decretação da medida cautelar, faz-se mister a ponderação entre o interesse público e privado, o que efetivamente chama a atenção ao ordenamento colombiano.*

Como dito alhures, o processo traduz-se em mero instrumento, e todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima em função dos fins a que se destina (DINAMARCO, 2005, p. 181). Como fim, o processo tende à realização do direito material e, como tal, deve aspirar mecanismos hábeis ao alcance de sua finalidade. Oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é, ao mesmo tempo, um princípio-síntese e o objetivo final (DINAMARCO, 2004, p. 12).

Não devemos, contudo, perder de vista que dito processo deve aspirar inicialmente os comandos constitucionais que, além de informar o processo da necessidade de se revestir de lógica, juridicidade, economia e caráter político sob o aspecto democrático do Estado, pressupõe o dever de se parametrizar com os princípios ali balizados no sentido de torná-lo provedor das garantias e direitos fundamentais constitucionais.

Como afirma Sérgio Gilberto Porto, citado por Macedo e Fensterseifer (2014, p. 17), *inegavelmente, o fenômeno da constitucionalização do direito atingiu a ciência processual. Neste sentido, o constitucionalismo contemporâneo representa não só a estruturação do Poder, mas também e, especialmente, a consagração dos direitos fundamentais, e com isso, altera o paradigma do direito processual até então vigente*.

Um processo efetivo alcança a concretização do direito; afinal, tornar efetiva a tutela jurisdicional implica concretizar o direito almejado, evitar razão àquele que não a detém, e concretizar o direito está umbilicalmente ligado ao Estado Democrático de Direito (STRECK, 2009, p. 2).

Desta feita, o desenvolvimento de todo processo judicial implica passar pelas diferentes etapas do procedimento, previamente estabelecidas no diploma legal, que necessariamente requer tempo.

Desta feita, percebe-se que tanto a efetividade, quanto a tempestividade processual entrelaçam-se com os comandos principiológicos constitucionais, restando inerente à ciência do Processo Civil a utilização de mecanismos hábeis a abranger, a teor da segurança jurídica, uma tutelar jurisdicional de forma célere, tanto quanto efetiva, uma vez que a morosidade não apenas inibe o acesso à Justiça como ainda tende a levar o cidadão a desacreditar do Poder Judiciário, o que traz a necessidade de pensar em técnicas que justifiquem, racionalmente, a distribuição do tempo do processo (MARINONI, 2002, p. 30).

A dicotomia tempo/processo/efetividade torna-se ainda mais salutar nas demandas em que figura a administração pública, notadamente no polo passivo, pois, ante suas prerrogativas pautadas no interesse público, no mais das vezes, acaba por acarretar maiores malefícios para o cidadão.

Trata-se de problema vivenciado não apenas no Brasil, onde por vezes a efetividade da tutela jurisdicional torna-se mera ilusão. Nesse diapasão, tem-se a lição de Maques Battaglia e Sac (2012, p. 43): *La presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria que caracteriza a los actos que dicta la administración, lleva a que muchas veces se encuentren en conflicto, por un lado, las facultades que a ella se le reconocen para el cumplimiento de sus cometidos y, por el otro, los derechos de los administrados frente a tal comportamiento.*

Sabido es que el particular que se siente lesionado en sus derechos o intereses por una decisión administrativa, antes de llegar a la jurisdicción, debe recorrer un camino en sede de la administración y, recién una vez agotada la vía administrativa previa, podrá someter la controversia a decisión de la autoridad judicial.

Ahora bien, el largo tiempo transcurrido entre el dictado del acto administrativo y la sentencia judicial – que, para adquirir firmeza puede llegar, en algunos casos, a ser tratada por el Máximo Tribunal, alargando aún más los tiempos del procedimento – llevan a que durante ese período las circunstancias que motivaron el reclamo del particular se hayan alterado, tornando ilusorias e ineficaces las resoluciones destinadas a reestablecer el derecho conculcado.

No mesmo sentido assevera Perlingeiro (2017a, p. 171): *O direito à tutela judicial efetiva é ponto de cristalização do Estado de Direito na América Latina, reconhecido pelos arts. 8.1 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos como um direito a um tribunal competente, independente e imparcial, o qual respeite as garantias do devido processo legal procedimental para determinação dos direitos individuais, inclusive os de caráter administrativo, nos termos seguintes: Art. 8.1 Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias, 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.*

Art. 25.1 Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais".

Para buscar coibir o lapso temporal que se enfrenta até a prolação de uma sentença definitiva, a partir de uma cognição

exauriente, dado o juízo de certeza, têm-se, no ordenamento, as tutelas de urgência no sentido de se inverter o ônus do tempo, a fim de evitar razão a quem não a detém, pela concessão a partir de uma cognição sumária diante de um juízo de probabilidade. Sendo certo que ditas medidas poderão ser de cunho satisfativo ou assecuratório, é desta que o presente trabalho se ocupa.

3 DAS MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares têm por objetivo assegurar, resguardar situações que possam acarretar a ineficácia de um provimento final acerca do direito que se almeja. Não se trata de um fim em si mesma, mas de uma técnica a ser utilizada quando houver risco de que a sentença proferida ao final possa tornar-se ineficaz. Sua finalidade é garantir a execução das decisões judiciais, mediante a conservação, prevenção ou asseguramento dos direitos que devem ser elucidados no processo. Estão voltadas a conservar a igualdade processual mediante a manutenção das situações existentes inicialmente e a impedir qualquer circunstância que possa alterá-las.

Nesse sentido é o conceito de Ossorio (2006, p. 584): *Las medidas cautelares son aquellas, dictadas mediante providencias judiciales, con el fin de asegurar que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de tal derecho. Las medidas cautelares no implican una sentencia respecto de la existencia de un derecho, pero sí la adopción de medidas judiciales tendentes a hacer efectivo el derecho que eventualmente sea reconocido*.

A tutela cautelar não satisfaz o direito, não se desvia de sua função acautelatória; é necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto da própria cautela, marcada por duas características peculiares: referibilidade e temporalidade (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 638).

Refere-se ao direito que se tem a um instrumento que assegure um direito futuro, e sua concessão cessará quando o direito então for alcançado com a tutela satisfativa definitiva, cumprindo seu papel de garantir a eficácia do próprio direito principal abarcado pela tutela jurisdicional, assim imbuída do objetivo de garantir a eficácia de outro direito resguardando pessoas, provas e bens, justificando-se pela urgência e necessidade da atividade preventiva. [...] *Las medidas cautelares procesales como aquellas de carácter precautorio que cumplen la función de significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso pierda su virtualidad o eficacia hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva* (MAQUES BATTAGLIA; SAC, 2012, p. 45).

A Corte Constitucional Colombiana, na Sentencia C-379/04, assim entendeu pela finalidade e conceito das medidas cautelares: Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.

Lei 8.437/1992, que institui as medidas cautelares contra atos da administração pública, e a Lei 9.494/1997, a tratar das tutelas antecipadas, sendo a codificação processual subsidiária e supletiva.

Não obstante regramento próprio autorizando a incidência das tutelas de urgência em face da administração pública, sua concessão ainda se perfaz de várias restrições, dentre as quais a vedação da concessão de liminar nos casos de compensação de créditos tributários, consoante dicção do art. 2º, § 7º, da Lei 12.016/2012, que regulamenta o mandado de segurança.

Apesar da divergência doutrinária acerca de serem inconstitucionais tais restrições, segundo Leonardo Carneiro da Cunha, *estas reclamam exegese restritiva, somente sendo vedada a concessão da tutela de urgência nos casos expressamente indicados no dispositivo legal* (CUNHA, 2017, p. 313).

Contudo assevera o autor que, *se, concreta e excepcionalmente, estiver demonstrado pela parte autora o grave risco de dano, deverá, afastando-se a vedação legal, ser concedida a medida, em prol da efetividade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Não demonstrada a situação de excepcionalidade, impõe-se rejeitar o pedido de concessão de provimento de urgência, mercê das prescrições legais que impedem seu deferimento*. (IDEM)

A decisão acerca da medida cautelar deverá ser proferida dentro dos dez (10) dias seguintes ao vencimento do término do prazo de cinco (5) dias de que dispõe o demandado, cabendo ao mesmo julgador fixar a caução devida

Recentemente tivemos, no ordenamento brasileiro, relevante modificação em relação às medidas cautelares. O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/2015, afastou sua incidência como processo autônomo e ainda a diversidade de procedimento por espécie, passando a instituir o regime das tutelas provisórias no qual, a um só tempo, tratou tanto das tutelas de urgência – cautelares e satisfativas –, quanto das de evidência.

No que concerne à aplicação das tutelas provisórias nas demandas em que figura a administração pública, contudo, traz o ordenamento legislação própria, notadamente a Lei 8.397/1992, que institui a medida cautelar fiscal, a

Em se tratando de matéria que envolva a administração pública, enquanto alguns países da América Latina como o Brasil possuem regramento próprio destinado à utilização específica para conflitos em que esta esteja envolvida, outros, porém, acabam por utilizar subsidiariamente o regramento geral do Processo Civil[3].

Dentre os que possuem legislação própria, a Colômbia[4] destaca-se pelo advento da Lei 1.437 de 2011, que revogou o então Decreto 1, em vigor desde 1984, vindo a criar maior proximidade com os comandos constitucionais e internacionais de Direitos Humanos, aduzindo que a proteção judicial deve chegar a contento, uma vez que

tardia, dificilmente acarretará a ajuda necessária (PERLINGEIRO, 2017a, p. 178).

Todo regime das medidas cautelares previsto nas distintas codificações processuais encontra sólido respaldo na Constituição Política e no bloco de constitucionalidade, que não só estabelece uma série de princípios, como inclui um conjunto de cautelas concretas de cujo desenvolvimento se ocupa o legislador. Nesse sentido, [...] *es esencial, ya que se avanza por el camino de la evolución que imponen tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como la propia Constitución Política de Colombia de 1991. La jurisprudencia y la doctrina de naciones con significativa influencia en la cultura jurídica colombiana, propende por el reconocimiento y la garantía de una efectiva tutela (o amparo judicial) de los derechos de los ciudadanos, que han de ser sustancialmente protegidos mediante el eficaz acceso a una administración de justicia* (GÓMEZ GARCIA, 2014, p. 2).

A Lei Colombiana 1.437/2011 veio a regulamentar o novo regime das medidas cautelares nos processos de contencioso administrativo, constituindo uma das principais mudanças ocorridas, isto porque dita lei ampliou as espécies de cautelares possíveis em face da administração pública, vez que o antigo regime, previsto no Decreto 1 de 1984, autorizava tão somente a suspensão provisória dos efeitos dos atos administrativos e tão somente quando se tratasse de ações voltadas para simples nulidade ou ainda naquelas de nulidade com restabelecimento do direito.

*Sin embargo, en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la única medida cautelar aplicable era la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, restringiendo al juez los instrumentos para lograr una tutela judicial efectiva. Precisamente esta restricción fue uno de los motivos que condujo al legislador al fortalecimiento de los poderes judiciales con la expedición de la Ley 1437 de 2011, a través de la inclusi*ón de nuevas medidas cautelares (GARCIA-SAENZ; GÓMEZ DURÁN; PUENTES PEÑA, 2014, p. 38).

Desta feita, o novo regramento amplia os poderes do magistrado, no sentido de se aplicar a melhor espécie assecuratória com o objetivo de garantir a efetividade das sentenças proferidas. *Los artículos 229 y siguientes del nuevo Estatuto presentan el régimen cautelar del procedimiento contencioso administrativo como un instrumento concreto de la garantía efectiva y material de acceso a la Administración de Justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controvérsia.* (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO..., 2016a).

Tratadas na Lei 1.437/2011, no Título V, que cuida da Demanda e Processo Contencioso Administrativo[5], inserta no Capítulo XI, entre os arts. 229 a 241, as medidas cautelares ganham novos contornos, dos quais passaremos a tratar.

4 DOS REQUISITOS E DA PROCEDÊNCIA DAS CAUTELARES

O art. 229, em análise, consagrou a procedência das medidas cautelares, assim dispondo: *Artículo 229. Procedencia de Medidas Cautelares. En todos los procesos declarativos*[6] *que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente*[7] *decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.*

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio[8].

Inicialmente, é preciso salientar que a redação do parágrafo desse artigo encontra-se já atualizada. Sua forma originária incluía ainda os processos de tutela, que traduzem nas demandas de cunho constitucional, voltados para defesa dos direitos fundamentais, vindo assim redigido: *Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos* ***y en los procesos de tutela*** *del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio* (grifo nosso).

A alteração retirou do artigo o termo "*y en los procesos de tutela*", tendo em vista o entendimento de inconstitucionalidade declarado pela Corte Constitucional diante da *Sentencia C-284 de 2014*, que considerou, entre outros fatores, que as medidas cautelares na forma prescrita na Lei 1.437, de 2011, para os processos de tutela seriam inconstitucionais porque introduziriam um desdobramento no regime próprio de amparo constitucional, violando ainda a reserva da lei estatutária ao tratar de um mecanismo de direitos fundamentais.

MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DE TUTELA ANTE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA – *Inconstitucionalidad – La Corte considera que el contenido de la norma demandada es inconstitucional, en cuanto: i. disloca la jurisdicción constitucional, al incorporar un régimen especial de medidas cautelares susceptible de decretarse únicamente por un segmento de la misma (el que ordinariamente está adscrito a la justicia administrativa); ii. prevé términos que superan los máximos establecidos en la Constitución (CP art 86); iii. consagra recursos que dilata los términos de adquisición de firmeza de las órdenes provisionales de amparo judicial a los derechos fundamentales, en contra de la fuerza de protección inmediata que deben tener las órdenes de protección del juez de tutela (CP arts 2, 86, 228 y 229); iv. restringe con nuevas condiciones y requisitos adicionales el alcance y procedencia de las medidas provisionales que debe poder tomar el juez constitucional, en observancia del derecho a una administración de justicia constitucional efectiva (CP arts 2, 86 y 229); v. y retrocede injustificadamente en la satisfacción de los derechos sociales fundamentales reduciendo el nivel de protección alcanzado por el Decreto 2591 de 1991.* […] *Declarar* ***EXEQUIBLE****, por los cargos examinados, el parágrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, excepto la expresión "y en los procesos de tutela", que se declara* ***INEXEQUIBLE****.*

Pelo que se depreende do teor do artigo em comento, admitida a demanda – no sentido de aptidão quanto aos requisitos necessários –, momento em que o magistrado notifica as autoridades competentes, poderá o julgador, caso haja requerimento

justificado, conceder quaisquer medidas provisórias que entender necessárias para fins de alcançar a efetividade da sentença, o que não implica prejulgamento, uma vez que se trata de cognição sumária, em que os fatos e direitos ainda serão conhecidos e analisados durante o trâmite processual.

O artigo em tela apresenta o regime cautelar do procedimento contencioso administrativo como um instrumento concreto de garantia efetiva e material de acesso à administração da Justiça, que busca evitar que a duração do processo afete aquele que se serve da jurisdição para solucionar uma determinada controvérsia.

Chama a atenção a distinção definida pela norma em comento no tocante à concessão da medida, quando diante de demandas de direitos ou de interesse coletivo, em que se autoriza a atuação de ofício do julgador. Ou seja, enquanto se exige, como condição, o requerimento da parte nas demandas individuais, notadamente pela necessidade de caucionar o juízo – ponto que veremos adiante –, nas demandas de cunho coletivo tal requerimento é dispensado. A procedência da medida vislumbrada no artigo atrela-se ao teor do art. 231, que trata dos requisitos para a decretação de ditas medidas.

Destarte, no que tange à decretação das medidas cautelares, é preciso primeiramente observar o objeto pretendido, tendo em vista que traz à lume condições distintas, a saber:

1) Quando se pretender a nulidade de um ato administrativo, a suspensão provisória de seus efeitos procederá por violação às disposições invocadas na demanda ou no requerimento que se fizer em separado;

2) Quando a violação surgir da análise do ato demandado e sua confrontação com as normas superiores invocadas como violadas, a suspensão provisória de seus efeitos procederá do estudo dos elementos probantes e as alegações no requerimento;

3) Quando adicionalmente se pretender o restabelecimento do direito e a indenização por prejuízos sofridos, dever-se-á provar, ao menos sumariamente, a existência deles;

4) Nos demais casos, a procedência das medidas cautelares atrelam-se ao cumprimento dos seguintes requisitos:

a. Que a demanda esteja razoavelmente fundada em direito.

b. Que o demandante tenha demonstrado a titularidade do direito invocado, ainda que sumariamente.

c. Que o demandante tenha apresentado documentos, informações, argumentos e justificação que permitam concluir, mediante um juízo de ponderação de interesses, que resultaria mais gravoso para o interesse público negar a medida cautelar que concedê-la.

d. Que, adicionalmente, cumpra-se uma das seguintes condições:

i. Que a não concessão da medida seja passível de causar prejuízo irremediável, ou

ii. Que se verifique que a não concessão da medida tornará ineficaz a sentença proferida ao final.

Como se depreende da análise dos requisitos supra, não bastam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para a decretação da medida cautelar, faz-se mister a ponderação entre o interesse público e privado, o que efetivamente chama a atenção ao ordenamento colombiano.

A análise da ponderação como requisito para concessão é ponto nevrálgico a se observar, notadamente, quando for passível de traduzir-se em violação de interesses de outros serviços públicos. Nesse diapasão, *para que a pretensão cautelar prospere, é fundamental que haja uma ponderação entre os interesses em colisão, ainda que tais interesses sejam reflexos (referentes a serviços essenciais afetados indiretamente pela decisão cautelar). Dessa ponderação, à luz da proporcionalidade* stricto sensu*, deve resultar um interesse público preponderante em favor do demandante, isto é, deve-se demonstrar que o resultado da negação da medida cautelar seria mais prejudicial para o interesse público do que a sua concessão* (PERLINGEIRO, 2017a, p. 179).

Sobre os critérios da concessão da cautelar, a sala plena do tribunal administrativo se pronunciou assinalando: *La maximización de cada uno de los derechos en juego y de los ideales del sistema jurídico, antes referidos, exige una adecuada ponderación, en la que se valore que el objeto del proceso de lo contencioso radica en la efectividad de los derechos subjetivos, sin que por ello, en todo caso, pueda afirmarse que el juez, ahora con más amplias facultades de instrucción, pueda desconocer su competencia reglada, o las partes evadir sus cargas, pues ese componente de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad que implica la sujeción a reglas preestablecidas es necesario para que la decisión judicial se considere justa.* [...] *La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el* fumus boni iuris *y* periculum in mora*. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.* (CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA..., 2015)

Ainda a seção primeira fundamentou sua decisão citando a providência de 13 de maio de 2015 – Expediente n. 2015- 00022, Conselheiro ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa: *Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el* fumus boni iuris *y el* periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad* stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad.* […] *Se ha sostenido en anteriores ocasiones:* […] *Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la*

actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidade (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO..., 2016b)

Desta feita, é possível asseverar que as medidas cautelares visam à concreta garantia de efetividade de eventual sentença favorável às pretensões da demanda, sem que sua adoção constitua prejulgamento, tal como quedou consagrado de maneira expressa no art. 229, e sua concessão encontra-se atrelada à demonstração de requisitos capazes de demonstrar a primazia de uma solução mais célere e imediata.

Ademais, é possível afirmar que a aparência do bom direito, o perigo da demora e a ponderação dos interesses se apresentam como limites que serão enfrentados pelo julgador no momento em que uma medida cautelar for pleiteada, sem importar a natureza da pretensão ou meio de controle do caso (YÁÑEZ MEZA, 2015, p. 425).

5 DO CONTEÚDO E DO ALCANCE DAS CAUTELARES

As medidas cautelares, no contencioso administrativo, em consonância com o art. 230, poderão ser preventivas, conservativas, antecipadas ou de suspensão, devendo relacionar-se direta e necessariamente com as pretensões da demanda, podendo o julgador, para o alcance dos seus efeitos, valer-se de uma ou de várias das seguintes medidas:

1. Ordenar a mantença da situação ou que se restabeleça o *status quo,* quando possível;

2. Suspender um procedimento ou atuação administrativa, inclusive de carácter contratual;

3. Suspender provisoriamente os efeitos de um ato administrativo;

4. Ordenar a adoção de uma decisão administrativa, ou a realização, ou demolição de uma obra com o objetivo de evitar ou prevenir um prejuízo ou o agravamento de seus efeitos;

5. Emitir ordem ou impor a qualquer das partes do processo obrigações de fazer ou não fazer.

Ampliados os poderes do julgador no sentido de se buscar uma maior efetividade às decisões, encontramos vozes a defender as cautelares inominadas, inclusive, consoante aponta Yáñez Meza (2015, p. 424): *Con la consagración de um conjunto de nuevas formas de actuación del juez para la protección de la pretensión en la eventual sentencia, el operador jurídico puede decretar medidas cautelares de contenido y alcance preventivo, conservativo, anticipativo, de suspensión y de urgencia;* [...] *Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión, con lo cual se crea, para algunos, la medida cautelar innominada*.

Saliente-se que, no que concerne à suspensão de um procedimento administrativo, notadamente de caráter contratual, o julgador só se utilizará desta medida quando não exista outra possibilidade de evitar ou superar a situação. Em todo caso, enquanto lhe for possível, o julgador indicará as condições ou determinará as diretrizes que devam ser observadas pela parte demandada para que possa readequar o procedimento ou a atuação sobre a qual recaia a medida.

Nesse sentido é a preleção de Arboleda Perdomo (2012, p. 358): *Desde una perspectiva procesal esta clase de medidas cautelares es posible decretarlas cuando está en curso una actuación administrativa en la que se va a producir una decisión definitiva; como por ejemplo la inactividad que origina el silencio administrativo, o en los procesos de protección a los derechos fundamentales o los colectivos, en que tienen como finalidad evitar su transgresión y los posibles daños a sus titulares. Aclara la ley que estas medidas proceden incluso en los procedimientos contractuales, como licitaciones o concursos de merito, salvo en la actuación de carácter sancionador, de conformidad con el parágrafo del art 47. Esta medida puede adoptarse siempre que se de este supuesto: que no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción, de suerte que si hay otra medida cautelar igualmente eficiente para garantizar la efectividad del fallo el juez deberá negar la suspensión de la actuación*.

Contudo, a regra em questão traz ainda a vedação ao julgador de decidir em substituição à administração pública, quando se tratar de ato discricionário[9]. Nesse sentido, dispõe que se a medida cautelar implicar o exercício de uma faculdade que comporte elementos de índole discricionária, o julgador não poderá substituir a autoridade competente na adoção da decisão correspondente, cabendo, dessa forma, limitar-se a ordenar sua adoção dentro do prazo que fixe em atenção à urgência da medida.

Assim, se por um lado se buscou o fortalecimento dos poderes do juiz em matéria de medidas cautelares, por outro se teve o cuidado de fixar limites voltados a evitar que, utilizando-se desses mesmos poderes, venha o juiz adentrar no campo específico da administração ao ponto de suplantá-la.

Dessa forma, dita proibição aos juízes e tribunais não afasta o poder/dever de acautelamento, mas se volta no sentido de determinação para que a própria administração, no exercício de seu poder discricionário o faça (FAJARDO GÓMEZ, 2011, p. 345).

Cumpre salientar o cuidado para com a visão da impossibilidade de apreciação da discricionariedade dos atos da administração pública, uma vez que a revisão da legalidade formal e material deve incluir, quando apropriado, a verificação do respeito aos limites dos poderes discricionários pela autoridade pública.

Portanto, do ponto de vista dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade, a margem de atuação das autoridades (poder discricionário e margem de apreciação) não escapa do controle judicial e, com tal perspectiva, na realidade, a afirmação de que "o juiz não deve interferir na margem de decisão das autoridades" deve aplicar-se a situações bem específicas, como as de controle sobre decisões

administrativas com conteúdo técnico estranho ao direito, em que o juiz não tem habilitação ou não tem maior habilitação (em relação às autoridades) para controlar o conteúdo (de discricionariedade e de apreciação) daquelas decisões (PERLINGEIRO, 2017a, p. 174).

Casos há em que se considere apenas uma única solução legalmente viável, o que poderá desembocar no fenômeno do desaparecimento da própria discricionariedade diante do caso concreto, fazendo surgir o direito subjetivo do julgador de impor esta única solução, visto que, de outra forma, não se terá por satisfeito os requisitos do direito fundamental de acesso à administração da justiça (FAJARDO GÓMEZ, 2011, p. 346).

Desta feita, sobre a aplicação da proporcionalidade em cenários de discricionariedade, tem sustentado o Conselho de Estado que: *La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes. Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple "habilitación" normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de "libertad de selección", arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.*

[…] *Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad.*

El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad. (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO..., 2015)

6 DA CAUÇÃO

Consoante dicção do art. 232, o requerente da medida cautelar deverá caucionar o juízo com o fim de garantir possíveis prejuízos que possam ser ocasionados pela concessão. Devendo o julgador determinar a modalidade, quantia e demais condições, oferecendo alternativas ao requerente.

Não obstante a caução apresentada, excetuando-se os casos de suspensão dos atos administrativos de caráter geral, restando improcedente o pleito ou revogada a medida concedida por ser ausente de razão do requerente, este responderá patrimonialmente pelos prejuízos causados, os quais se liquidarão mediante incidente promovido dentro dos trinta (30) dias que se seguirem à execução da providência, de conformidade com o art. 240; decisão esta passível de ser atacada pelos recursos de apelação ou de súplica, de acordo com o caso.

A decisão que fixa a caução ou que a nega será atacada por recurso de apelação juntamente com a decisão que decretou a medida, porém, a decisão que aceita ou rejeita sua prestação não será apelável, ou seja, só resta autorizado o recurso de apelação para a decisão em que o julgador FIXA OU NEGA SUA FIXAÇÃO, por outro lado, se a análise diz respeito à caução apresentada pela parte, a decisão não comportará apelação.

Aduz, ainda, a norma que não se exigirá caução quando se tratar da suspensão provisória dos efeitos dos atos administrativos em processos coletivos, em processos de tutela[10] (demandas voltadas para a defesa dos direitos fundamentais constitucionais), nem quando o requerente for uma entidade pública.

Cabe salientar que, nos casos de modificação da medida, dita caução não se faz necessária, como se verifica na parte final do art. 235, que trataremos mais adiante.

7 DO PROCEDIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES

O procedimento para o requerimento e concessão das medidas está vislumbrado no art. 233, aludindo que a medida poderá ser requerida no ato da apresentação da demanda ou em qualquer tempo do processo.

Dando-se no ato da demanda, ao admiti-la, o julgador ordenará que o requerimento da medida corra em autos apartados, para fins de que possa o demandante pronunciar-se a seu respeito, o que deverá fazer no prazo de cinco (5) dias, que decorre de forma independente ao prazo da contestação do pleito principal, decisão esta que não será objeto de recurso.

Cabe aqui a doutrina de Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (2012, p. 177), Presidente do Conselho de Estado, a asseverar que: *Otro elemento novedoso introducido por el artículo 233 del CPA y CA consiste en la obligación del juez de dar traslado al demandado de la solicitud de medida cautelar para que se pronuncie sobre ella, previo a adoptar cualquier decisión al respecto. De esta manera se garantizan los principios de igualdad de las partes y el debido proceso, en especial el derecho de contradicción y de defensa, y se le brindan a la autoridad judicial elementos adicionales para adoptar una decisión*

adecuada, pues ya no solo va a considerar las razones de la parte actora sino también las del demandado, quien ahora tiene la posibilidad de exponer su punto de vista y convencer al juez de la improcedencia del decreto de la medida.

Requerendo a cautelar em outro momento processual, será ela transladada a outra parte no dia seguinte de sua recepção, na forma estabelecida pelo art. 108 do Código de Procedimento Civil, correndo na própria secretaria e lá se mantendo até seu término, com exceção dos casos que autorizam recurso de cassação.

A decisão acerca da medida cautelar deverá ser proferida dentro dos dez (10) dias seguintes ao vencimento do término do prazo de cinco (5) dias de que dispõe o demandado, cabendo ao mesmo julgador fixar a caução devida, uma vez que dita medida só poderá efetivar-se a partir da execução da decisão que aceite a caução prestada.

Por outro lado, sendo a medida requerida em audiência, apesar de tramitar em separado, todo o procedimento correrá na mesma audiência, aqui incluída a decisão de concessão ou não da medida.

Durante o Seminário Internacional de Apresentação do novo Código de Procedimento Administrativo e do Contencioso Administrativo produzido pelo Conselho de Estado, Mauricio Fajardo Gómez, então presidente do Conselho de Estado, asseverou que *en relación con el procedimiento de adopción de las medidas cautelares, con el fin de garantizar el debido proceso y en particular el derecho de contradicción, previo rorgamiento de la tutela cautelar – salvo en le caso de las medidas cautelares de urgencia previstas en el artículo 234 CPA y CCA – se adoptó como procedimiento insoslayable la previsión en el sentido de que de la solicitud de la medida cautelar se le corra traslado a la parte demandada para que ella tenga la possibilidad de exponer sus argumentos, sus pontos de vista y que el juez, al pronunciarse respecto de la petición de amparo cautelar, lo haga sobre la base de haberle brindado esa oportunidad a la entidad demandada para así conocer las dos caras de la moneda – artículo 233 – y garantizar la efectividad plena de derecho fundamental al debido proceso, consagrado como rector de la actuación judicial en el artículo 29 de la Constituicíon Política, cuyas dimensiones al derecho de defensa y al principio de contradicción emergen con fuerza y claridad en este punto* (FAJARDO GÓMEZ, 2011, p. 350).

Uma vez negada a medida, esta poderá ser novamente requerida, desde que haja fatos supervenientes e se cumpram os requisitos exigidos para sua concessão, sendo irrecorrível a decisão que resolva este novo pedido.

Entretanto, diante de casos de urgência, assim definidos pelo art. 234, admite-se a concessão das medidas sem a oitiva prévia da parte contrária, dessa forma, entre a apresentação do requerimento e a notificação da outra parte, poderá o julgador adotar medida cautelar, desde que cumpridos os requisitos para sua adoção, se a urgência estiver evidenciada, devendo comunicar-se o demandante a cumprir imediatamente a caução por ele determinada, ou seja, a urgência não afastará a obrigatoriedade de caução prévia para a execução da medida. *Una de estas situaciones de urgencia puede ser la contemplada por el último inciso del artículo 97, en la cual la Administración carece de competencia para revocar un acto administrativo de contenido particular cuando ella advierta que se obtuvo por medios fraudulentos, caso en el cual está obligada a demandarlo y pedir las medidas cautelares, las cuales seguramente serán urgentes*. (ARBOLEDA PERDOMO, 2012, p. 367).

8 DO LEVANTAMENTO, MODIFICAÇÃO E REVOGAÇÃO DA MEDIDA

Havendo alteração na situação que ensejou a concessão da medida, esta poderá ser modificada ou revogada a qualquer tempo e, ainda, caso seja verificada a ausência ou o não cumprimento adequado dos requisitos exigidos, poderá ocorrer o levantamento de dita medida. É o art. 235 a regulamentar a questão.

Pelo que se depreende da norma em comento, o demandado ou aquele que se encontra afetado poderá requerer o levantamento da medida, e, para tanto, deverá caucionar o juiz, desde que haja compatibilidade com o caso em questão. Trata-se da contracautela que objetiva garantir a reparação dos danos e prejuízos que supostamente possam ser causados.

Também poderão as medidas ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo, em qualquer estado do processo, de ofício ou a requerimento da parte, sempre que se verificarem ausentes os requisitos para sua concessão ou que estes já não mais se encontrem presentes ou forem superados, o que faz necessário modificá-la para que se cumpram os comandos e finalidades do instituto.

A obrigatoriedade do comportamento ético verifica-se ainda neste diploma, ao determinar que fica a parte, em favor de quem se outorga a medida, compelida a informar, dentro dos três (3) dias seguintes ao seu conhecimento, toda e qualquer mudança substancial que se produza nas circunstâncias que permitiram sua concessão e que é passível dar lugar a sua modificação ou revogação.

É importante mencionar que a omissão da determinação supra é passível de sanção no que concerne à aplicação de multa e outras medidas que poderão ser impostas pelo julgador em face de seus poderes correcionais, sendo condição para sua aplicação o estado de impossibilidade de conhecimento de dita alteração situacional pela parte contrária, visto que, sendo passível, o conhecimento do fato, caberia realizar o mesmo requerimento de modificação ou revogação. Saliente-se que, de ditas decisões, não se permite recurso, como se verá adiante.

9 DOS RECURSOS

Das decisões que decretam uma medida cautelar – salvo aquelas que as modifique, revogue ou autorize seu levantamento, visto serem irrecorríveis – caberá recurso de apelação ou de súplica, conforme o caso, devendo se resolver num prazo máximo de vinte (20) dias, consoante determina o art. 236.

Dito artigo deve ser lido conjuntamente aos arts. 243 a 247. Dessa forma, prevê o art. 246 que o recurso de súplica é o instrumento a ser manejado diante das decisões que naturalmente seriam apeláveis, proferidas pelo "*Magistrado Ponente*" em sede de segunda ou única instância ou durante o trâmite da apelação e, ainda, diante de decisão que nega ou declara deserta a apelação ou o recurso extraordinário.

Sua interposição deve se dar dentro dos três (3) dias seguintes à notificação da decisão, sendo dirigido à sala de que faz parte o julgador, contendo as razões em que se funda. Nesse caso a decisão é de responsabilidade da sala, seção ou subse-

ção de que faz parte o magistrado, devendo ser entendido, embora nisso tenha faltado clareza à norma, que este não participa da decisão (ROMERO DÍAZ, 2011, p. 371).

A petição do recurso incluir-se-á no expediente e manter-se-á na secretaria por dois (2) dias, para que a parte contrária possa ter acesso. Decorrido o prazo, o secretário remeterá o recurso ao gabinete para fins de providências, não sendo cabível recurso da decisão que o resolva.

Acerca do recurso de súplica, posicionou-se a Sala Plena: *De los referidos elementos, se subraya que el legislador estableció expresamente que el recurrente, en súplica, debe manifestar los motivos de inconformidad frente a la providencia judicial, carga que encuentra sustento en la necesidad de transparencia discursiva en el escenario judicial entre los intervinientes.*

Por tal motivo, el juez que resuelva la súplica está restringido a abordar aquellos cargos propuestos por el recurrente, que son los mismos frente a los cuales la parte contraria tuvo oportunidad de pronunciarse con ocasión del traslado contemplado en la misma norma; sin perjuicio, como se afirmó previamente, de que las exigencias del caso le impongan al juez un mayor espectro de análisis, asumiendo la carga argumentativa respectiva. Finalmente no sobra advertir que, tal como ocurre con el recurso de apelación, el juez al conocer la súplica es competente para revocar o confirmar en su integridad la decisión, extremos entre los cuales puede proferir otro tipo de decisiones que permitan la adopción de un pronunciamiento en derecho (CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA..., 2015).

Alerta Fajardo Gómez (2011) que estamos na presença de uma questão que precisa de maior esclarecimento, pois se a decisão sobre o requerimento da medida cautelar for proferida na sala, o recurso contra tal decisão mudaria, de sorte que se for decretada por um tribunal administrativo, o cabimento seria do recurso de apelação para o Conselho de Estado, enquanto que se o provimento for proferido pelo Conselho o recurso a ser manejado seria o de "*reposición*" e em nenhum caso de súplica: *Ahora bien, en cuanto tiene que ver con los recursos procedentes contra las decisiones que resuelven solicitudes de medidas cautelares, la regulación de la Ley 1437 de 2011 suscita algunas inquietudes. Los artículos 229 y 230 CPA y CCA, a lo largo de todo su contenido, dejan claro que la decisión sobre medidas cautelares podrá ser adoptada por el Magistrado Ponente em tribunales colegiados, de suerte que si la profiere el Juez unipersonal, no oferece mayor dificuldad advertir que contra ella procederá el recurso de apelación para ante el Tribunal Administrativo correspondiente; por su parte, si la determinación es adoptada por el Ponente, lo lógico será que se conceda el recurso de súplica.*

Sin embargo, en el artículo 125 CPA y CCA se realizaron unos ajustes que condejeron a que el texto final de la norma estabelezca que será de competencia del Juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los juices colegiados las decisiones a las cuales se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 del Código serán dictadas en sala y ocorre que el numeral 2 del artículo 243 se refiere al decreto de las medidas cautelares, lo cual conduce a pensar que, en los artículos 229, 230 y 236 parecería abrise paso la possibilidad de que fuese el Ponente quien pudiese dictar tales proveídos.

En ese orden de ideas, estamos em presencia de una cuestión que precisa de mayor claridad, pus si la decisión sobre la solicitud de medida cautelar es dictada en sala, e recurso contra ella procedente cambiaría, de suerte que si la misma es proferida por un Tribunal Administrativo, el procedente sería el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, mientras que si el provéido es dictado en sala en el Consejo de Estado, el recurso procedente sería el de reposición y ningún caso el de súplica (FAJARDO GÓMEZ, 2011, p. 350).

Por outro lado, a partir do art. 243, teremos a regulação do recurso de apelação, também manejável. Nesse sentido, dispõe sobre o cabimento da apelação, no item "2" diante dos pronunciamentos em primeira instância dos juízes administrativos, decretando uma medida cautelar e resolvendo os incidentes de responsabilidade e desacato nesse mesmo procedimento.

A interposição da apelação e sua decisão ficam sujeitas às regras previstas no art. 244, dentre elas a de se observar o momento em que se proferiu a decisão, tendo em vista a admissibilidade desta.

Sendo a decisão proferida em audiência, a apelação deverá ser interposta e suas razões sustentadas oralmente no transcurso da própria audiência. De imediato, o julgador dará vista à parte contrária com o fito de pronunciar-se e, ato contínuo, decidirá acerca de sua concessão ou não, lavrando-se tudo em ata.

Se a decisão for notificada (intimada), o recurso deverá ser interposto com suas razões por escrito no prazo de três (3) dias, devendo ser dirigida ao juiz que a prolatou. Da petição apresentada se dará vista pela Secretaria à parte contrária por igual prazo, sem necessidade de despacho ordenatório. Nos casos em que ambas as partes apelam, o prazo será comum a ambas, significa dizer que deverão contrarrazoar os recursos dentro do mesmo prazo.

O julgador concederá o recurso nos casos em que seja procedente, cumprindo seus requisitos de admissibilidade, desde que esteja devidamente fundamentado. Uma vez concedido o recurso, será este remetido ao órgão superior para decisão, da qual não se terão recursos a manejar.

A normatividade, descrita no art. 247, traz a previsão de que o recurso de apelação contra as sentenças proferidas em primeira instância deverá ser interposto diante da autoridade que proferiu a decisão nos dez (10) dias que seguirem sua notificação e, fundamentado adequadamente e reunindo os requisitos legais autorizadores, decidir-se-á de plano, desde que não haja nenhuma prova a ser produzida; do contrário, havendo requerimento de produção de provas, caberá ao órgão superior decidir acerca da produção destas, bem como, reunidos os requisitos, decidirá sobre sua admissibilidade.

É preciso esclarecer, por oportuno, que a redação do artigo em tela não guarda certa coerência, como explica Romero Díaz (2011, p. 367): *En primer lugar, si es certo que el superior resuelve de plano tan pronto reciba el expediente del inferior, sin ni siquiera admitir el recurso, si no hubiere pruebas que practicar, es preciso observar que se*

violaria el derecho de contradicción y de igualdad que tiene la parte contratia a quien recurrió para pronunciarse sobre los argumentos del apelante, pues, así como una parte tiene derecho a impugnar, la otra debe tenere l correlativo para defender sus intereses , si como ocurrirá, las más de las veces, la decisión recorrida la favorece.

Empero, la inquietante falencia de la norma anterior, que no debe aplicarse por ser contraria a derecho, queda dissipada si se observa que el numeral 3 del mismo artículo preceptúa que una vez recibido el expediente por el superior, lo primero que hará será estudiar si el recurso reúne los requisitos y, em primer lugar, decidir sobre su admissión.

Y, continua la norma, admitido el recurso o vencido el término probatorio, si a ello hubiere lugar, señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor de veinte dias. Si el magistrado podente considera innecessaria la audiencia, ordenará que se presenten alegatos por escrito, dentro de diez días seguientes y dictará sentencia em los veinte días posteriores.

[...] *En efecto, el superior, tan pronto reciba el expediente, así se hayan o no pedido pruebas, deberá dictar auto que admita el recurso, desde luego, se concurren las exigencias legales.*

Sendo, pois, negada a admissão da apelação ou lhe conferindo efeito distinto daquele que a lei lhe impõe, caberá reclamação ao tribunal superior, consoante disposição do art. 245, quando for para fins de admiti-lo ou, ainda, corrigir o vício conforme o caso. No que concerne ao trâmite e à forma de interposição, aplicar-se-á o que resta estabelecido no *Código General de Proceso*, a partir do art. 352[11].

Saliente-se que ditos recursos não suspenderão a decisão, de acordo com a determinação do próprio art. 236, que assevera a atribuição apenas do efeito devolutivo.

10 DA PROIBIÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE REPRODUZIR O ATO, SUAS CONSEQUÊNCIAS, E DO DESCUMPRIMENTO DA ORDEM

Uma vez proferida a decisão, notadamente em sede de medida cautelar, objeto do presente estudo, cabe à administração pública cumpri-la, o que se traduz, muitas das vezes, em manter suspensos os efeitos de um ato praticado. Não obstante a presunção de legalidade destes, uma vez determinada a suspensão, o ato só poderá ser continuado diante da decisão definitiva a confirmar dita legalidade ou, no caso, de se levantar a cautela anteriormente concedida. Nesse sentido é o art. 88 da Lei 1.437/2011: *Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.*

Desta feita, o ato anulado ou suspenso só poderá ser praticado posterior à sentença se os fundamentos legais que autorizaram sua anulação ou suspensão houverem desaparecido, do contrário são eles vedados[12].

A reprodução de um ato suspenso, consoante dicção do art. 238, acarretará por parte do demandante novo requerimento de suspensão, agora para este novo ato, que se comprovará por meio de cópia a ser acostada juntamente ao pleito, independente do estado em que se encontrar o processo, salientando que, no ato da prolação da sentença, será declarada a nulidade ou não de ambos os atos. Da decisão, desta nova suspensão, serão cabíveis os recursos mencionados alhures.

Cumpre salientar que, tendo sido o ato anulado, a reprodução deste ensejará a mesma providência retro pela parte demandante, que requererá, além da suspensão, a nulidade do ato reproduzido. Contudo, no que concerne à entidade administrativa, caberá ao julgador, considerando fundada a acusação de reprodução ilegal, ordenar a remessa dos autos à entidade responsável pela prática do ato, convocando-a para audiência, cuja finalidade é decidir acerca da nulidade do ato reproduzido ilegalmente.

Nesta audiência conforme art. 239, demonstrada a reprodução do ato anulado, o julgador extrairá cópias às autoridades competentes no sentido de se proceder às investigações criminais e disciplinares cabíveis.

Por outro lado, o descumprimento da ordem emitida acarretará a abertura de um incidente de desacato, cuja consequência implicará a imposição de multas sucessivas por cada dia de retardo na efetividade da decisão, no montante de até dois (2) salários mínimos vigentes por mês, não podendo ultrapassar a quantia de cinquenta (50) salários mínimos legais vigentes, consoante o art. 241.

A sanção será imposta ao representante legal da entidade, ao diretor da entidade pública ou ao particular responsável pelo cumprimento da medida cautelar, cujo trâmite dar-se-á incidentalmente, sendo passível de cabimento de recurso de apelação, nos casos que comporte dupla instância e de súplica quando de única instância, os quais serão decididos num prazo de cinco (5) dias, salientando que constitui falta grave o descumprimento dos prazos determinados para decisões acerca das medidas cautelares, o que coaduna com a celeridade exigida pela questão em tela.

11 CONCLUSÃO

É certo notar que o advento da Lei 1.437, de 2011, fez com que o tratamento às medidas cautelares, dentre outros regramentos específicos que não foram tratados no presente por fugir do tema proposto, em muito revolucionasse o tratamento dado aos administrados ante a administração pública.

No que concerne ao regime dado às cautelares, que podem ser requeridas no ato da apresentação da demanda ou em qualquer tempo do processo, a ampliação dos poderes do juiz, ainda que limitados, no que tange aos atos de cunho eminentemente discricionário, em muito corroborou um tratamento mais célere e eficaz, notadamente por afastar a suspensão do ato administrativo como o único meio hábil de resguardar o direito daquele que recorre à jurisdição como o último caminho possível.

Ainda que tenha ocorrido declaração de inconstitucionalidade acerca do artigo que define as providências cautelares, percebe-se que dita declaração teve o condão de manter-se uma tutela mais eficaz e célere no que concerne à proteção aos direitos fundamentais.

Importante salientar a possibilidade de concessão da medida de ofício diante de demandas de interesse coletivo, a qual estamos muito aquém. A concessão, independente de provocação no alcance de um número maior de interessados, traduz-se no papel de integridade e eficiência esperado de uma jurisdi-

ção, numa tradução do acesso à Justiça.

Chama a atenção, no tocante aos requisitos de concessão da medida, a ponderação entre o interesse público e o interesse privado encontrar-se expressamente como requisito para procedência das cautelares. Andou bem a lei colombiana, quando nem mesmo no Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa o prevê, apesar de tratar-se de requisito a ser examinado, tal qual ocorre no Direito brasileiro.

As medidas cautelares, no contencioso administrativo, poderão ser preventivas, conservativas, antecipadas ou de suspensão, devendo relacionar-se direta e necessariamente com as pretensões da demanda, podendo o julgador, para o alcance dos seus efeitos, valer-se de uma ou de várias medidas.

Na verdade, o que se percebe no decorrer do regramento das medidas cautelares é uma necessidade precípua de efetivamente resguardar o administrado da administração e garantir celeridade processual. A própria dinâmica entre requerimento e concessão em audiência, ou ainda a concessão liminar diante da urgência, demonstra dita preocupação; ao contrário de nosso ordenamento, não há qualquer restrição delineada quanto a tais liminares, permeando, contudo, em todas elas, a necessidade de prévia caução a ser determinada pelo julgador mediante várias modalidades no sentido de oferecer alternativas ao requerente.

O demandado ou aquele que se encontra afetado poderá requerer o levantamento da medida, desde que caucione o juízo e haja compatibilidade com o caso em questão, tendo esta contracautela o objetivo de garantir a reparação dos danos e prejuízos que supostamente podem ser causados com dito levantamento.

Por outro lado, as medidas podem ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo, em qualquer estado do processo, de ofício ou a requerimento da parte, sempre que se verificarem ausentes os requisitos para sua concessão ou quando superados ou não mais presentes, uma vez que desaparece a necessidade de asseguramento.

E, nesse ponto, merece destaque a exigência de um comportamento ético (eivado de boa-fé) por conta do detentor da concessão diante da obrigatoriedade de informar qualquer mudança nas circunstâncias que autorizaram a concessão da medida, quando estas forem desconhecidas pela parte contrária, sob pena de incidir sanção, caso não o faça. Tal comando merece reflexão mais retida por traduzir-se em medida que busca evitar que tutelas assecuratórias, eivadas de temporariedade, perpetuem-se no tempo sem que tais necessidades se demonstrem prementes.

Primando ainda por celeridade, dita lei determina apenas o efeito devolutivo para os recursos (apelação e súplica) concernentes às medidas cautelares, não comportando exceção para atribuição de suspensão dos efeitos da medida, como firma posição o Conselho de Estado.

Quedou ainda trabalhar a questão do descumprimento da ordem, bem como da reprodução do ato suspenso, o que ensejará, respectivamente, imposições de multa com abertura de incidente de desacato e novo pedido de suspensão no intuito de preservação da autoridade jurisdicional.

Realmente o advento da lei em questão aproximou a Colômbia das diretrizes definidas em tratados internacionais dos quais faz parte, demonstrando a preocupação com a proteção jurisdicional efetiva, notadamente no que concerne à oportunidade de proteção, permeando obtenção rápida e fácil de medidas cautelares genéricas, inclusive de urgência.

Ao observarmos, passo a passo, o procedimento voltado às medidas cautelares no presente ensaio, pontos como concessão de ofício em demandas coletivas, concessão liminar diante da urgência e impossibilidade de suspensão dos efeitos da medida concedida por recursos, faz merecer reflexão diante do procedimento pátrio. Talvez já tenha passado da hora de repensar o nosso modelo.

NOTAS

1 Paim (2012, p. 13, 25) remete-nos às lições de Santo Agostinho, asseverando sua tratativa enquanto passado como memória presente, o presente como a visão presente, e o futuro como a expectação presente.

2 O Projeto Florença foi resultado de uma grande mobilização que reuniu pesquisadores de vários ramos das ciências sociais para realizar, de 1972 a 1978, uma ampla investigação dos sistemas judiciais em 23 países participantes do projeto. O documento oficial consistiu numa obra de, ao todo, oito tomos, publicados em 1978, resultando ainda na emissão do relatório geral intitulado *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – A General Report* e publicado em Milão no ano de 1978, tendo sido este último, no Brasil, traduzido por Ellen Gracie Northfleet, sob o título *Acesso à Justiça*, publicada em 1988.

3 Dentre eles: possuem regramento próprio – Brasil, Argentina, Costa Rica, Peru, República Dominicana etc. Baseiam-se no CPC – Chile, Guatemala, Nicarágua, Panamá e Paraguai. Para aprofundamento nas legislações específicas: Perlingeiro (2017b).

4 Buscando situar o leitor, é preciso aprioristicamente esclarecer que os conflitos que envolvam a administração pública ou quaisquer questões envolvendo direito administrativo, serão objeto de solução pela jurisdição administrativa, tendo em vista que, na organização estrutural da Colômbia, deparamo-nos com o modelo duplo, em que há a esfera jurisdicional administrativa e a jurisdição voltada para as demais questões. Por outro lado, dentro da jurisdição administrativa, iremos encontrar uma organização específica que conta com juízo de primeiro grau, tribunal de segunda instância e tribunal superior, para aprofundamento. (RODRIGUÉZ RODRIGUÉZ, 2013)

5 *Por contencioso administrativo relaciona-se às reclamações ou impugnações de um interessado contra comportamentos de uma autoridade administrativa; jurisdição administrativa serve para designar a prestação estatal para solução (coertiva e definitiva) de um contencioso administrativo* (PERLINGEIRO, 2017a, p. 170).

6 Os processos declarativos são aqueles eivados de incerteza, necessitando de cognição exauriente para aplicação do Direito. Estão vislumbrados nos arts. 388 a 421 do Código Geral de Processo Colombiano. Equivalente ao processo de conhecimento brasileiro, divide-se em processos de procedimento comum ou especiais.

7 Para fins didáticos, utilizaremos a denominação de julgador onde a lei se referir a "*juez o magistrado ponente*". De conformidade com a Lei Orgânica do Poder Judicial (LOPJ) colombiana, faz-se referência a tais categorias em seu art. 299. Conhecidos os requisitos e as formas de ingresso, ou superadas as formas de ingresso ao Judiciário para começar a carreira judicial, em primeiro lugar se ostenta a condição de juiz ocupando um órgão monocrático. A partir de então, ostenta-se a condição de magistrado após decorridos ao menos três (3) anos na condição de juiz. Neste caso, os magistrados poderão ocupar tanto os órgãos monocráticos quanto os tribunais. Magistrado *Ponente*, por sua vez, é descrito no art. 203 da mesma lei e equipara-se à figura do relator nos tribunais brasileiros. *Vide* Espanha (1985).

8 *Art. 229. Procedência das Medidas Cautelares. Em todos os processos de conhecimento que se deduzam naquela jurisdição, antes de se notificar do auto de admissão da demanda, em qualquer estado do processo, a pedido da parte, devidamente sustentada, poderá o juiz decretar, motivando sua decisão, as medidas cautelares que considerar necessárias para proteger e garantir, provisoriamente, o objeto do processo e a efetividade da sentença de acordo com o regulado no presente capítulo.* [...] *A Decisão sobre a medida cautelar não implica prejulgamento.* [...] *Parágrafo. As medidas cautelares nos processos que tenham por finalidade a defesa e*

proteção dos direitos e interesses coletivos, de conhecimento da Jurisdição do Contencioso Administrativo, serão regidas pelo disposto neste capítulo e poderão ser decretadas de ofício. (Tradução nossa)

9 A moderna teoria alemã da discricionariedade diferencia a discricionariedade em sentido estrito da chamada "liberdade de apreciação". A discricionariedade em sentido estrito existe sempre que uma norma não prescreve uma determinada consequência jurídica e transfere à Administração a prerrogativa de decidir se atuará e de que modo. (HIEN, 2004).

10 Desconsiderar os processos de tutela para fins das medidas cautelares descritas na Lei 1.437/2011, em face da declaração de inconstitucionalidade demonstrada alhures. "Sentencia C-284 de 2014". Ademais, quando o legislador decide criar um complexo de medidas cautelares suscetíveis de concessão de ofício ou a requerimento, em qualquer destas atuações judiciais de cunho constitucional, a definição explícita de que não necessita de caucionar o juízo equivale justamente a aceitar que todas as pessoas que acessem a Justiça, sem importar sua condição econômica, têm igual oportunidade de receber a proteção oportuna do Estado.

11 Atente-se que a Lei 1.437/2011 remete-nos ao art. 378 do Código de Procedimento Civil à época de sua edição, qual seja o Decreto 1.400 de 1970, que foi substituído pelo *Código General del Proceso* promulgado mediante a *Ley 1.564* de 2012, motivo pelo qual a remissão se encontra de acordo com a lei atual. (COLOMBIA, 2012).

12 *Artículo 237. Prohibición de reproducción del acto suspendido o anulado. Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión*.

REFERÊNCIAS

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al nuevo Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo. 2. ed. Bogotá: LEGIS, 2012.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços:* o dever do advogado. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil:* estudos sobre o projeto do novo Código de processo civil. Salvador: JusPodivm, 2013. v.1, p. 75-99.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COLOMBIA. *Código general del proceso*. Ley nº 1564, de julio de 2012. Disponível em: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____.*Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.* Ley 1437, de 2011. Disponível em: <https://www.ramajudicial.gov.co/portal/sobre-la-rama/normatividad/leyes/-/asset_publisher/qdgZJU5O9ph5/document/id/2045580>. Acesso em: 27 ago. 2017.

CONSEJO DE ESTADO (Colombia). *Sala de lo Contencioso administrativo,* Sección Primera. Auto de 15 de septiembre de 2016a. Ref.: Expediente n. 11001-03-24-000-2016-00284-00. Consejera: María Elizabeth García González. Disponível em: <https://www.redjurista.com/appfolders/images/news/pdf/DCE2.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____ . *Sala de lo Contencioso administrativo*. Auto de 5 de septiembre de 2015. Radicación: 11001-03-26-000-2015-00103-00 (54549) Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Disponível em: <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/11001032600020150010300.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2017.

_____ . *Sala Plena de lo Contencioso administrativo*. Auto de 17 de marzo de 2015. Ref.: Expediente n. 11001-03-15-000-2014-03799-00. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Disponível em: <http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_1247c13bff760276e0530a0101510276>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. *Sala de lo Contencioso administrativo*, Sección Primera. Auto de 5 de septiembre de 2016b. Ref: Expediente n. 11001-03-24-000-2014-00573-00. Consejera María Elizabeth García González. Disponível em: <http://www.skepticink.com/avant-garde/files/2016/09/Medida-Cautelar-Te-D%C3%A9um-Protocolos-Presidencia.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Corte constitucional. Sala Plena. *Sentencia C-284-14, Auto de 15 de maio de 2014*. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-284-14.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017.

_____. _____. Sala Plena. *Sentencia C-379-04,* Auto de 27 de abril de 2004, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DAUDT, Simone Stabel. Novo Código de processo civil: rumo a celeridade e a efetividade. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 14, n. 1122, 1º abr. 2014. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/166-artigos-jan-2011/6470-novo-codigo-de-processo-civil-rumo-a-celeridade-e-a-efetividade-1>. Acesso em: 12 jun. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Nova era do processo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

ESPANHA. Ley organica n. 6, de 1 de julio de 1985. *Boletín Oficial del Estado,* Poder Judicial, Madrid, *n. 157*, 2 jul. 1985. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>. Acesso em: 10 ago. 2017.

FAJARDO GÓMEZ, Mauricio. Medidas cautelares. In: SEMINARIO INTERNACIONAL DE PRESENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, 2011, Bogotá. *Consejo de Estado*. p. 327-351. Disponível em: <http://190.24.134.67/pce/publicaciones/LIBRO%20MEMORIAS%20Nuevo%20CCA.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.

FONTAINHA, Fernando de Castro. Benefícios da fazenda em juízo: barreira ao acesso à Justiça? *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 9, n. 30, p. 19-25, jul./set. 2005. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267764364_BENEFICIOS_DA_FAZENDA_EM_JUIZO_barreira_ao_acesso_a_Justica>. Acesso em: 25 jul. 2017.

GARCIA-SAENZ, Yesid; GÓMEZ DURÁN, Lina Beatriz; PUENTES PEÑA, Elizabeth. El nuevo régimen de las medidas cautelares contempladas en la Ley 1437 de 2011 y su aplicación en la jurisdicción contenciosa administrativa. *DIXI*, Bucaramanga, v. 16, n. 20, p. 37-43, dez. 2014. Disponível em: <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/833/859>. Acesso em: 3 ago. 2017.

GÓMEZ GARCIA, Luz Mery. *Las medidas cautelares en el nuevo* código de procedimiento administrativo y de lo contencioso *administrativo frente al decreto 01 del 84*. 2014. 36 p. Monografia (Especialização em Direito Administrativo). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2014. Disponível em: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/12493/1/MEDIDAS%20CAUTELARES.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo Eduardo. El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. In: ALVARADO ARDILA, Víctor Hernando et al. *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código*: una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Bogotá: Consejo de Estado, 2012. p. 173-184. Disponível em: <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2012id/INST_DEL_DER_ADMIN.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

HIEN, Eckart. O controle judicial das decisões administrativas discricionárias. *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 8, n. 27, p. 18-23, out/dez 2004. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/630/810>. Acesso em: 25 jul. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACEDO, Elaine Harzheim; FENSTERSEIFER, Shana Serrão. O direito Fundamental à tutela jurisdicional tempestiva na perspectiva constitucional e o caso problemático da sentença sem eficácia imediata ope legis que tutela direito em risco de dano ou perecimento. Revista de processo: REPro, São Paulo, ano 39, n. 237, p. 13-41, 2014.

MAQUES BATTAGLIA, Natalia F.; SAC, Matías J. Las medidas cautelares contra la administración pública. In: SANTOS, Marcelo A. Bruno dos (Coord.). *Una mirada desde el fuero Contencioso administrativo federal sobre el Derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: FDA, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado:* parte incontroversa da demanda. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciências jurídicas políticas y sociales. 28. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017a. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50155.

_____ (Coord.). *Procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos:* compilação de leis nacionais. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Escola da Magistratura Regional Federal. Rio de Janeiro: EMARF, 2017b. Disponível em: <http://emarf.trf2.jus.br/site/revistaemarf.php>. Acesso em: 29 jul. 2017.

RODRIGUÉZ RODRIGUÉZ, Libardo. Organización y competencias de la jurisdicción administrativa em Colombia. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Cidade do México, 2013. Disponível em: <https://archivos.ju-

ridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/30.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2017.
ROMERO DÍAZ, Héctor J. Recursos ordinarios en la Ley 1.437 de 2011. Medidas cautelares. In: SEMINARIO INTERNACIONAL DE PRESENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, 2011. *Anais*...Bogotá. Consejo de Estado, 2011. p. 353-371. Disponível em: <http://190.24.134.67/pce/publicaciones/LIBRO%20MEMORIAS%20Nuevo%20CCA.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.
STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
YÁÑEZ MEZA, Diego Armando. La medida cautelar innominada y anticipatoria en el proceso de responsabilidad del Estado por desplazamiento forzado en Colombia. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 21, n. 2, p. 415-438, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v21n2/art11.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2017.

Artigo recebido em 26/10/2017.
Artigo aprovado em 27/11/2017.

Simone de Oliveira Souza é professora de Direito Processual Civil no Centro Universitário Augusto Motta – UNISUAM, no Rio de Janeiro.