



LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO
DO RIO GRANDE DO NORTE – FARN
CURSO DE DIREITO

EDUARDO DE MEDEIROS C. FERREIRA

NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI Nº 12.016/09): UMA
ABORDAGEM ACERCA DE SUA CONSTITUCIONALIDADE

NATAL/RN

2011

EDUARDO DE MEDEIROS C. FERREIRA

NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI Nº 12.016/09): UMA
ABORDAGEM ACERCA DE SUA CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito** da Faculdade para Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

Orientador: Professor e Mestre em Direito Constitucional pela UFRN Paulo Renato Bezerra.

NATAL/RN

2011

Catálogo na Publicação – Biblioteca da FARN
Setor de Processos Técnicos

Ferreira, Eduardo de Medeiros C.

Nova lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016/09): uma abordagem
acerca de sua constitucionalidade / Eduardo de Medeiros C. Ferreira. –
Natal, 2011.

61f.

Orientador: Paulo Renato Bezerra (Msc.)

Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Natalense para o
Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.

1. Mandado de Segurança – Monografia. 2. Lei nº 12.016/09 –
Monografia. 3. Inconstitucionalidade – Monografia. I. Título.

RN/FARN/BC

CDU 34

BIBLIOTECA UNI-RN

347.951.3 F383n - RB: 37615 (M002158)

Título: Nova lei do mandado de segurança ...

Autoria: Ferreira, Eduardo de Medeiros C.
2011, ex. 1

EDUARDO DE MEDEIROS C. FERREIRA

**NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI Nº 12.016/09): UMA
ABORDAGEM ACERCA DE SUA CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN, com requisito final para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em 05 de dezembro de 2011

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me Paulo Renato Bezerra
Orientador.

Profª. Dra. Lenice Silveira Moreira
Membro.

Profª. Me Juliana Maria R. Bezerra da Silva
Membro.

Dedico este trabalho a Nossa Senhora da Apresentação, aos meus pais Edson e Mosanita e a todos os meus professores.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, como em todos os momentos de minha vida, agradeço a Deus pela força e determinação na conquista dos meus ideais.

À minha família pelo amor e atenção, em especial ao meu pai, Edson Carlos Ferreira, exemplo de determinação e grande incentivador para que eu trilhasse os caminhos do Direito.

De forma especial ao Mestre, orientador e amigo, Paulo Renato Bezerra, não apenas pela construção desse trabalho e pelos ensinamentos jurídicos ao longo da minha jornada acadêmica, mas pela sua dedicação à docência e paixão pela advocacia que tanto estimulam seus alunos.

Aos meus queridos amigos pela compreensão da minha ausência, pela paciência com as desculpas e pelo eterno carinho dedicado.

A todos, que de alguma forma contribuíram para a conclusão desse trabalho, o meu muito obrigado!

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo uma análise da Lei nº 12.016/09, que dispõe sobre o mandado de segurança individual e coletivo, no que tange à sua compatibilidade com o atual texto constitucional. Partindo dos posicionamentos da doutrina especializada sobre o tema, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da Suprema Corte Federal apreciam-se os artigos da nova lei do mandado de segurança questionados nas ADIs nº4296 e nº4403, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) junto ao STF em desfavor do Presidente da República, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Consiste em um trabalho teórico efetivado através de levantamento bibliográfico e jurisprudencial, utilizando uma metodologia dialética com o intuito de averiguar a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 12.016/09 frente à limitação e rigor do seu texto na utilização de um dos mais abrangentes remédios constitucionais de defesa contra as ilegalidades e abusos do Poder Público.

Palavras-chave: Mandado de Segurança. Lei nº 12.016/09. ADI nº 4296. ADI nº 4403. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The objective of this present work is to analyze the Law number 12.016/09, which talks about a individual and collective writ of mandamus and it's compatibility with the Constitution. Starting from the positions of specialized doctrines on the subject, of the the Federal Supreme Court of Justice case law which looks at the articles of the new Law writ of mandamus questioned by the ADI's number 4296 and 4403, proposed by the *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)* with the Superior Court of Justice in against of the President, the Senate and the House of Representatives. Consists in a theoretical academic work based on bibliographical and jurisprudential analyzes, using a dialectic methodology, with the objective of verify the constitutionality of some content of the Law number 12.016/09, front of limitation and accuracy of it's text in the utilization of one of the biggest constitutional tool in defense of illegalities and abuses of the Government.

Key-words: writ of mandamus. Law number 12.016/09. ADI number 4296. ADI number 4403. unconstitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MANDADO DE SEGURANÇA.....	10
3 A LEI Nº 12.016/09 E OS CONCEITOS RELEVANTES SOBRE MANDADO DE SEGURANÇA.....	16
4 AS POSSÍVEIS INCOMPATIBILIDADES CONSTITUCIONAIS.....	23
4.1 O § 2º do Art. 1º - Dos atos de gestão comercial.....	25
4.2 Do inciso III do art. 7º - Sobre a exigência de caução, fiança ou depósito.....	29
4.3 - Do parágrafo 2º do art. 7º.....	34
4.3.1 Da compensação dos créditos tributários.....	35
4.3.2 Da entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior.....	36
4.3.3 Da reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.....	38
4.4 Do § 2º do art. 22 – Exigência de oitiva prévia para concessão de liminar no mandado de segurança coletivo.....	42
4.5 Art. 23 – Do prazo decadencial.....	45
4.6 Art. 25 – Exclusão dos honorários advocatícios.....	46
5 ADI Nº 4403 - DO § 2º DO ART. 14 – CAPACIDADE RECURSAL DA AUTORIDADE COATORA.....	50
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
7 REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição cidadã, trouxe em seu bojo, dentre várias inovações, um conjunto de direitos protetivos aos seus destinatários frente à interferência estatal em sua esfera privada. A finalidade precípua do regramento protetivo elencado, principalmente no que diz respeito ao art. 5º da Carta Magna, é garantir a higidez do conceito de dignidade da pessoa humana, o qual foi elevado ao patamar de princípio fundamental do nosso Estado democrático de direito.

Conjuntamente, foram assegurados de forma sábia pelo constituinte originário, meios de proteção e efetivação desse direito material. De fato, como ensina a professora Arruda Alvim (2009, p.25), absolutamente ineficaz é a previsão de um direito material se este não puder, pela via processual, ser efetivado ou protegido de quem pretenda violá-lo ou efetivamente o agrida, mesmo que seja o próprio Estado.

Nesse sentido, o texto constitucional apresenta duas formas de garantias, ditas instrumentais, do direito material por ele ofertado: os princípios processuais constitucionais¹ e as ações constitucionais, que constituem meios processuais explícitos, claros e específicos de proteção aos direitos fundamentais.

Dentre as ações constitucionais, que apresentam como finalidade maior a defesa dos direitos fundamentais, tem-se o mandado de segurança como uma das mais importantes, não só pelo seu aspecto prático-processual, mas por ter como escopo específico o combate aos abusos e às ilegalidades cometidas pelo aparelho estatal, prática lesiva e rotineira ao direito dos administrados nos dias atuais.

Desde a edição da Lei nº 1.533/51, que as regras que tratam sobre mandado de segurança equiparavam-se a uma colcha de retalhos, estando prevista não só na referida lei, mas também em legislações esparsas, assim como em entendimentos jurisprudenciais, que em sua maioria são anteriores ao atual texto constitucional e seus princípios.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.016/09, consolidaram-se, em um único diploma legal, as regras esparsas sobre o mandado de segurança já existentes no ordenamento jurídico, bem como transformou em texto de lei a evolução dos

¹De forma exemplificativa: Devido processo legal, ampla defesa, contraditório, acesso à justiça, dentre outros.

ensinamentos doutrinários e posicionamentos jurisprudenciais já sedimentados sobre o tema.

A nova lei sobre mandado de segurança realizou uma espécie de "codificação" das regras já existentes sobre o assunto, descuidando o legislador, a nosso sentir, das possíveis incompatibilidades que as normas por ela positivadas, em sua grande maioria anteriores a Constituição de 1988, pudessem apresentar frente à atual hermenêutica constitucional.

O presente trabalho tem por finalidade uma análise sobre a constitucionalidade de alguns dispositivos da nova lei do mandado de segurança, utilizando como parâmetros a doutrina mais especializada sobre o assunto, a jurisprudência e as súmulas do Superior Tribunal de Justiça e da Suprema Corte, partindo dos argumentos levantados nas ADIs nº4296 e nº4403, ambas propostas pelo Conselho Federal da OAB, junto ao Egrégio Tribunal, em desfavor do Senado Federal, Câmara dos Deputados e Presidente da República, questionando a compatibilidade dos dispositivos frente ao atual texto constitucional.

Entendemos que, para uma melhor compreensão da proposta aqui apresentada, é importante que se conheça a essência do mandado de segurança, bem como a finalidade de sua criação e o espectro protetivo de direito fundamental por ele alcançado.

Para tanto, iniciaremos o leitor em uma breve evolução histórica sobre a garantia constitucional, seguida da apresentação da Lei nº 12.016/09, oportunidade em que discorreremos sobre alguns conceitos relevantes sobre a segurança individual e coletiva, passando em seguida a discorrer sobre a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos, para que ao final possamos definir um posicionamento o mais fundamentado possível.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MANDADO DE SEGURANÇA

A origem do mandado de segurança em nosso ordenamento jurídico está intimamente ligada à defesa dos direitos fundamentais e com a necessidade de preencher um vazio garantista deixado pela limitação da “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, fato este que se torna de imprescindível análise para melhor entendimento do tema em questão.

O *habeas corpus* tem suas bases históricas na imposição, feita pelos barões ingleses ao rei João-Sem-Terra, da *Magna Carta Libertatum* (1215). Segundo Pontes de Miranda (1999, p. 43 e 45) foi esse importante documento histórico que em seu § 29 trouxe de forma inovadora uma garantia prática, imediata e utilitária da liberdade física. O instrumento garantidor da liberdade ganhou reforço com a publicação do *Habeas Corpus Act* nos anos de 1679 e 1816.

Os americanos, herdeiros da tradição jurídica inglesa, utilizavam o *writ* mesmo antes da independência e da Constituição de 1787 como afirma Samuel Naspolini, entretanto a maior contribuição do direito norte-americano foi a constitucionalização do *habeas corpus*, ressaltando sua utilização, por imperativo de ordem pública, somente nos casos de rebelião e invasão externa e no controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*) pela via do *habeas corpus*.

No Brasil, o primeiro sinal de proteção ao direito de ir e vir foi evidenciado no decreto de 23 de maio de 1821 e em seguida, deu-se sua inclusão na Constituição Imperial de 1824. Entretanto, o que se positivou à época foi o direito subjetivo sem que se fizesse qualquer menção à expressão *habeas corpus*, conforme Föppel e Santana (2009, p. 33 e 34). A expressão *habeas corpus* veio surgir com o Código Criminal de 1832, quando curiosamente previa-se um tipo penal para a não aplicação, quando cabível, pelo magistrado do instituto jurídico, sem que este tivesse previsão legal.

A previsão legal e procedimental do *habeas corpus* surge no ordenamento jurídico pátrio com o Código de Processo Criminal de 1832, em seu art. 340: “Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir ordem de *habeas corpus* em seu favor”.

Com uma forte influência liberal e um rol de direitos individuais elencados, a Carta Republicana de 1891 trouxe como única garantia aos seus direitos o remédio

heróico, em seu art. 72, § 22: "Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder".

Como se observa da literalidade do texto constitucional, a proteção conferida pela garantia vai além do direito à liberdade de ir, ficar e vir, o que fez surgir divergências sobre a forma de interpretação. Utilizando-se de uma exegese mais literal, Rui Barbosa² entendia que a proteção abrangia todos os constrangimentos causados por ilegalidade ou abuso de poder aos direitos individuais. Em posição contrária, a doutrina tradicional invocava a finalidade histórica do *writ*, limitando-o à proteção do indivíduo contra a prisão ilegal ou sua ameaça.

Na construção de posicionamento intermediário, Pedro Lessa, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, e Pontes de Miranda defendiam o entendimento que o *habeas corpus* protegeria o direito de locomoção do indivíduo, mas que além da proteção contra a ameaça ou a prisão ilegal, protegeria outros direitos que tivessem como condição de gozo a necessária liberdade física. Esse entendimento foi o que prevaleceu no Egrégio Tribunal e ficou conhecido como "doutrina brasileira do *habeas corpus*".

Doutrina própria e autêntica, apesar de utilizar-se do modelo histórico, conferiu uma ampla responsabilidade protetiva ao ordenamento jurídico pátrio. Para Othon Sidou (1969, p.53), a garantia genérica de proteção aos direitos pessoais da primeira Constituição republicana foi batizada com o *nomen juris* de *Habeas Corpus*, sendo essa a semelhança com os moldes ingleses.

Com a reforma constitucional de 1926, o art. 72, § 22 passou a proteger por meio do *habeas corpus* especificamente a "violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção" pondo fim à interpretação extensiva dada pela "doutrina brasileira do *habeas corpus*" a esta garantia constitucional.

O principal efeito da referida alteração e consequente limitação protetiva do *habeas corpus* foi que restaram desamparados todos os demais direitos, até então

² "Não se fala em prisão, não se fala em constrangimento corporal. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do **Habeas Corpus**."

Rui Barbosa - parte do discurso proferido pelo grande Mestre em 22.01.1915, numa Sessão do Senado Federal, lembrado pelo eminente jurista Rubem Nogueira, na Revista de Informação Legislativa a. 21, nº 84, out/dez. 1984 - pág. 136.

protegidos, excetuando-se o de locomoção. Para suprir tal demanda protetiva várias teorias foram criadas, como a defendida por Rui Barbosa que atribuía uma posse sobre os direitos pessoais, o que possibilitaria a utilização dos interditos possessórios para sua defesa. Tal teoria não logrou êxito e a lacuna deveria ser preenchida por outro instrumento jurídico.

Serviram de base teórica instrumentos jurídicos de direito comparado destinados à proteção das liberdades públicas como: o *writ* do direito norte-americano que dava proteção diante de atos do poder público ou de particulares; o *mandamus* do direito inglês que protegia funcionários demitidos ou removidos ilegalmente por decisões administrativas; e o *juicio* de amparo do direito mexicano que destinava-se a conhecer reclamações contra atos do executivo e legislativo que violassem direitos individuais (TAVARES, 2007, p.810).

Percebe-se a íntima relação do novo instituto com o que o fez surgir, afirmando o legislador originário se processarem pelo mesmo rito. Neste contexto, foi publicada a Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1934, anterior à promulgação da Constituição, a qual se tornou o primeiro diploma a regulamentar o procedimento do instituto, obtendo, conseqüentemente, regras próprias.

Com esse fundamento protetivo é que se fez projetar para a Constituição promulgada no mesmo ano a criação do mandado de segurança para resguardar os direitos, até então órfãos devido à reforma de 1926, não mais amparados pelo *habeas corpus*.

O art. 113, nº 33 da Carta de 1934 apresentava a seguinte redação:

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

Desse momento em diante, o mandado de segurança fez parte do bojo de direitos fundamentais de todas as constituições brasileiras, exceto a de 1937, por representar o período do Estado Novo de Vargas.

O mandado de segurança tornou-se uma garantia constitucional³, protegendo os direitos declarados e limitando a intervenção do poder público na esfera privada. Foi em virtude desse amplo espectro protetivo e limitador do poder público, que a Constituição outorgada de 1937, refletindo o período ditatorial de Getúlio Vargas (1937-1945), aboliu a recém-criada garantia do seu texto.

Diferentemente de outras garantias constitucionais que acompanham os direitos que protegem, o mandado de segurança, seguindo a esteira do *habeas corpus*, foi idealizado como ação específica para o combate de ilegalidades e abusos de poder, o que favorece a sua ampla utilização.

O retorno da ação mandamental se deu com a Constituição de 1946, que apresentava a seguinte redação em seu art. 141, § 24: "Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".

Observa-se a modificação da expressão "direito certo e incontestável" para "direito líquido e certo", não carecendo mais se discutir o grau de complexidade do direito protegido.

Surge então a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que passou a regulamentar a garantia constitucional, revogando os artigos do Código de Processo Civil de 1939, que por sua vez já haviam substituído o regramento da Lei nº 191/34.

Na atual Constituição de 1988, o mandado de segurança em conjunto com o *habeas corpus*, o mandado de injunção, a ação popular e o *habeas data* fazem parte dos remédios garantidores dos direitos fundamentais. Estão presentes no art. 5º da CF/88, tendo o inciso LXIX nos fornecido o atual conceito de mandado de segurança, a saber:

art. 5º, LXIX – "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for

³ Analisando a Constituição de 1891, Rui Barbosa, foi um dos primeiros estudiosos a enfrentar a distinção entre os direitos e as garantias fundamentais. Ele distinguiu "as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*, estas as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito."

(BARBOSA, Rui. **A Constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**, 2 ed. Rio de Janeiro: Flores & Mano, s/d. p. 194)

autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público."

O constituinte de 1988 amplia ainda mais a esfera protetiva da ação mandamental ao criar o mandado de segurança coletivo. Confere a esse novo instituto jurídico a responsabilidade, juntamente com a ação popular e a ação civil pública, de defender direitos coletivos *lato sensu*, deixando a cargo das agremiações políticas e entidades de classe a sua utilização.

A até então vigente Lei nº 1.533/51 foi revogada no dia 07 de agosto de 2009, juntamente com outras disposições legais referentes à ação mandamental, pelo novo diploma legal de nº 12.016/09, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.

A Lei Federal nº 12.016/09 veio consolidar em um único diploma legal as regras esparsas sobre o mandado de segurança já existentes no ordenamento jurídico, bem como positivar a evolução dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais já sedimentados sobre o tema.

Além disso, cuidou de disciplinar um procedimento para o mandado de segurança coletivo (artigos 21 e 22 da Lei n. 12.016/09), considerando a ausência de regulamentação própria desde a Constituição de 1988.

Entretanto, apesar da Lei nº 12.016/09 contemplar em seu bojo a consolidação das leis por ela revogadas⁴, positivar entendimentos jurisprudenciais já consolidados e traçar uma regulamentação sobre a segurança coletiva, demonstrando uma considerável evolução jurídica, alguns dos seus artigos geram uma incerteza quanto à sua compatibilidade com o texto constitucional vigente.

Tais incertezas decorrem do fato de que ao incorporar algumas das disposições anteriores à nova Lei do mandado de segurança, o legislador não observou que elas foram editadas em um momento anterior ao atual texto constitucional. Da mesma forma, que determinados entendimentos jurisprudenciais alocados no novo regramento foram construídos com bases nessas regras posteriores à Constituição, que no momento encontram-se revogadas.

⁴ Leis: nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, nº 4.166, de 04 de dezembro de 1962, nº 4.348, de 26 de junho de 1964, nº 5.021, de 09 de junho de 1966; o art. 3º da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, o art. 1º da Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974, o art. 12 da Lei nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982, e o art. 2º da Lei nº 9.259, de 09 de janeiro de 1996.

Com isso se acredita ter sido limitada a abrangência constitucional protetiva, ora atribuída ao mandado de segurança, como grande responsável pela tutela dos cidadãos contra atos abusivos e ilegais do poder público.

Limitações ao exercício do remédio constitucional, exigindo caução para a concessão de liminares, vedando a concessão inicial da segurança em determinadas situações, afronta certos princípios constitucionais como o da inafastabilidade da jurisdição, da separação dos poderes e principalmente da supremacia da Constituição; são apenas alguns dos problemas enfrentados pelo novo regramento mandamental.

Foi por essas razões que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou, em setembro de 2009, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4296 insurgindo contra os seguintes dispositivos da Lei n.12.016/2009: o § 2º do artigo 1º, o inciso III e o § 2º do artigo 7º, o § 2º do artigo 22, e os artigos 23 e 25, que serão oportunamente abordados no corpo desta pesquisa.

Posteriormente, o Conselho Federal ingressou com a segunda Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4403, em abril de 2010, agora questionando especificamente o § 2º do artigo 14 da referida lei, adiante debatido.

Ambas as ações ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal (STF), de relatoria dos Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski respectivamente, aguardam julgamento e objetivam que os mencionados trechos da citada lei sejam suspensos e posteriormente declarados inconstitucionais ou que sejam interpretados de acordo com o atual texto constitucional.

No entanto, antes de adentrarmos nos debates sobre as possíveis incompatibilidades dos dispositivos supracitados, faz-se necessária uma apresentação do novo diploma que regulamenta a ação de segurança, bem como algumas peculiaridades sobre o tema, o que passaremos a fazer em seguida.

3 A LEI Nº 12.016/09 E OS CONCEITOS RELEVANTES SOBRE MANDADO DE SEGURANÇA

A Lei nº 12.016/09 disciplina no *caput* do seu art. 1º o que vem a ser mandado de segurança, refletindo e ratificando o ensinamento do constituinte de 1988:

“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”

Hely Lopes Meirelles (2008, p.26), por sua vez, o define como meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção do direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Na expressão de Vicente Greco Filho (2010, p.12), o dispositivo infraconstitucional repete o conceito da Lei Maior e acrescenta a possibilidade, já consagrada, da forma preventiva do *writ*, quando a violação do direito encontrar-se em fase de ameaça.

Tem natureza jurídica de ação, meio de defesa dos brasileiros e estrangeiros residentes no país (art. 5º *caput*, CF/88), garantido pelo constituinte originário, frente a atos lesivos aos direitos não amparados por *habeas corpus* e *habeas data*, cometidos por qualquer autoridade.

Porém, não se estampa no rol comum de qualquer ação. Trata-se de ação ou remédio constitucional para proteção ampla de direitos, não protegidos por *habeas corpus* ou *habeas data*, não cabendo por meio dele ver realizadas pretensões pecuniárias⁵.

Apresenta como legitimados ativos as pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, e os órgãos com capacidade processual, ou universalidade

⁵ Súmula 269 do STF: “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.”

reconhecida por lei, que tenham direito líquido e certo violado por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública. Apesar de ser um instrumento importantíssimo, o constituinte originário e tampouco a nova lei que regulamenta o instituto concederam ao cidadão comum a capacidade de postular sem a necessidade de advogado.

O mandado de segurança é processo de conhecimento, uma vez que o julgador, de regra, decide o mérito da questão. Ademais, sua sentença tem conteúdo variável de acordo com o ato impugnado, podendo assumir feições de ação declaratória, constitutiva ou condenatória, além dos conteúdos intrínsecos de caráter mandamental e executório.

Fazem-se por merecer algumas sucintas explicações sobre determinados termos integrantes do seu conceito.

Por certeza e liquidez de direito entende-se como sendo aquele que se prova de plano, sem a necessidade de instrução probatória para sua confirmação. Segundo posicionamento já consolidado⁶, direito líquido e certo é aquele titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática e perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída⁷. (SODRÉ, 2008, p. 124)

Esse entender não significa ausência de controvérsia ou complexidade em termos de direito alegado, como posicionou-se o STF na súmula 625: "*Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança*". A certeza e liquidez recaem sobre a matéria de fato, sobre os fatos alegados pelo impetrante para o ajuizamento do mandado de segurança. Estes, sim, necessitam de comprovação inequívoca, de plano. E, indubitavelmente, quando se diz que no

⁶EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONFERÊNCIA DE FUNÇÃO A TÉCNICOS FAZENDÁRIOS. CARGO TÍPICO DE GESTORES FAZENDÁRIOS. NÍVEL SUPERIOR. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O mandado de segurança tem o escopo de tutelar direito comprovado de plano, sujeito à lesão ou ameaça de lesão por ato abusivo ou ilegal de autoridade. 2. *In casu*, a lesão ao direito líquido e certo não foi devidamente comprovada, dada a legítima extinção do processo em face da ausência de interesse processual na impetração da ordem mandamental. 3. "O mandado de segurança visa à proteção de direito líquido e certo contra ato abusivo ou ilegal de Autoridade pública, não podendo ser utilizado como sucedâneo recursal, pena de se desnaturar a sua essência constitucional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça" (AgRg no RMS 15.060/DF). 4. Recurso Ordinário não provido. (RMS 32702/ BA 2010/0144550-0, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª T, STJ, DJE 25/02/2011) (grifo nosso).

⁷ "A prova pré constituída poderá ser relativizada quando os documentos probatórios, da certeza e liquidez do direito, encontrarem-se em repartições públicas ou em poder da autoridade coatora." Art. 6º da Lei nº 12.016/09.

mandado de segurança as provas têm que ser apresentadas *ab initio*, de plano – repita-se – é porque não cabe dilação probatória, ou seja, no procedimento sumário do remédio não se admite realização de audiência nem de perícias técnicas ou oitiva de testemunhas; tudo porque a prova haverá de ser pré-constituída.

Entretanto, não será todo o direito líquido e certo que terá proteção pela via mandamental. Excluem-se dessa via os direitos de liberdade e informação, haja vista receberem tutela específica por meio do *habeas corpus* e *habeas data* respectivamente, restando ao mandado de segurança uma atuação residual na proteção de direitos.

Os atos que afrontam o direito líquido e certo deverão ser praticados por autoridade pública ou por particular no exercício delegado de função pública^{8,9}, somente no que diz respeito a essas atribuições. Autoridade coatora, no dizer de Greco Filho (2010, p.14), é aquela que pela expressão de sua vontade concretiza a lesão ou violação ao direito individual.

Para Hely Lopes (2008, p.36) a legitimidade passiva é da autoridade que praticou o ato e tem a competência para desfazê-lo. A Lei nº 12.016/09 define autoridade coatora como sendo aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática (art. 6º, § 3).

Conforme art. 1º, §1 da lei em análise, equiparam-se à autoridade pública os representantes de partidos políticos, assim como os dirigentes das autarquias; sendo um dos requisitos da exordial mandamental a indicação além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, a qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições (art. 6º).

Exclui-se do polo passivo da ação mandamental aquela autoridade que estabelece a regra geral e aquela que executa o ato sem integração de sua vontade.

⁸ Súmula 510 do STF: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

⁹ CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR. ATO DE DIRETOR. ATIVIDADE DELEGADA.

1. A Justiça Federal é competente para processar e julgar mandado de segurança contra ato de dirigente de estabelecimento de ensino superior no exercício de função delegado do Poder Público Federal.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara de Campos dos Goytacazes/RJ, para decidir sobre a extinção da ação, se for o caso.

(STJ, 1ª Seção, CC 25962/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 24.05.2000, DJ de 01.08.2000, p. 185)

Nesse sentido, não caberá segurança contra atos normativos gerais¹⁰, nem contra atos de simples execução.

Também não será admitido mandado de segurança contra ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução; contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; e contra decisão judicial transitada em julgado.¹¹

Contra atos de órgãos colegiados qualifica-se como autoridade coatora o presidente do órgão; nos atos complexos, que expressam a vontade de vários órgãos, contra a última autoridade que exprimiu sua vontade para concretização do ato; e nos atos compostos, cuja eficácia necessita de referendo de autoridade superior, a coação é realizada por quem elaborou e concretizou o ato.

Tais atos deverão estar maculados de ilegalidade, ou seja, contrários à disposição legal ou constitucional; ou abuso de poder, seja este na modalidade de excesso de poder ou desvio de finalidade. A ilegalidade atrela-se mais aos atos vinculados, enquanto o abuso de poder, aos atos discricionários do poder público.

Os vícios poderão ser encontrados na competência para execução do ato, no motivo, na finalidade, no objeto e na forma prescrita ou não defesa em lei; nunca podendo adentrar no mérito administrativo em virtude do princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º da CF/88).

A proteção mandamental poderá ser utilizada não só frente à lesão concreta, mas já será legitimado ativo aquele que tenha seu direito líquido e certo ameaçado, como se extrai da própria definição legal dada pelo art. 1º da Lei nº 12.016/09: "sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la".

Do art. 6º ao art. 20, o legislador dedicou-se à regulamentação da parte procedimental da ação mandamental, definindo prazos, concessões de liminares, efeitos de sentença, recursos e tudo o que diz respeito ao andamento processual da segurança.

Cabe ressaltar que a nova lei do mandado de segurança foi a primeira que tratou de regulamentar o mandado de segurança coletivo, mais de vinte anos após a criação do instituto pela Constituição de 1988.

¹⁰ Súmula 266 do STF: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

¹¹ Súmula 267 do STF: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição."

A repetição de medidas judiciais de proteção a direitos que provocam excessivo acúmulo de serviço para os órgãos do poder judiciário e consequente demora na prestação jurisdicional, bem como a repetição de pedidos individuais, que podem levar ao inconveniente fenômeno de decisões conflitantes (GRECO FILHO, 2010, p.52), são fundamentos processuais que levaram, de forma inovadora e originária¹², à criação do mandado de segurança coletivo.

O legislador ordinário, praticamente, repetiu o ensinamento constitucional do art. 5º, LXX em seu art. 21:

“O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.”

O mandado de segurança coletivo se diferencia do individual, tradicionalmente utilizado até então, pelo rol de legitimados estabelecido para manejá-lo¹³. Na doutrina, explica Nelson Nery Jr. (2006, p. 139), não foi criada outra espécie ou forma de segurança, apenas hipótese de legitimação para a causa. E continua, é a possibilidade de impetrar o mandado de segurança por meio da tutela jurisdicional coletiva.

Nesse sentido, o mandado de segurança coletivo só poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano.

Os partidos políticos limitar-se-iam à defesa dos interesses apenas de seus integrantes ou da finalidade partidária, enquanto as organizações defendem os

¹² Inovadora por ser a primeira vez que surge no ordenamento jurídico pátrio, e original, por ser, assim como o mandado de segurança individual, uma criação genuinamente brasileira.

¹³ “O mandado de segurança coletivo – que constitui, ao lado do *writ* individual, mera espécie da ação mandamental instituída pela Constituição de 1934 – destina-se, em sua precípua função jurídico-processual, a viabilizar a tutela jurisdicional de direito líquido e certo não amparável pelos remédios constitucionais do *habeas corpus* e do *habeas data*. Simples interesses, que não configurem direitos, não legitimam a válida utilização do mandado de segurança coletivo.” (MS 21.291-AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-4-1991, Plenário, DJ de 27-10-1995.) (grifo nosso)

direitos líquidos e certos, da totalidade ou de parte dos seus membros¹⁴, desde que pertinentes às suas finalidades institucionais. Dispensa-se autorização especial para o feito, havendo previsão em seu estatuto¹⁵.

Ocorre que tal limitação à atuação dos partidos políticos não consta no texto constitucional, que traz como exigência apenas a representação no Congresso Nacional. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, a nosso entender acertadamente conforme transcrição abaixo, no sentido de reconhecer que o partido político possui legitimidade para defender qualquer direito coletivo ou difuso, independentemente de estarem relacionados a seus filiados ou não.

Esclarecedoras são as palavras da Ministra Ellen Gracie sobre o tema, na relatoria do RE 196.184/MA:

“Se o legislador constitucional dividiu os legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo em duas alíneas, e empregou somente com relação à organização sindical, à entidade de classe e à associação legalmente constituída a expressão *em defesa dos interesses de seus membros ou associados* é porque não quis criar esta restrição aos partidos políticos. Isso significa dizer que está reconhecendo na Constituição o dever do partido político de zelar pelos interesses coletivos, independente de estarem relacionados a seus filiados” (...) “não haver limitações materiais ao uso deste instituto por agremiações partidárias, à semelhança do que ocorre na legitimação para propor ações declaratórias de inconstitucionalidade” (...) “tudo o que foi dito a respeito da legitimação dos partidos políticos na ação direta de inconstitucionalidade pode ser aplicado ao mandado de segurança coletivo.” (STF, 2ª T, RE 196.184/AM; e ainda, Pleno, MS 24.394-5/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

A lei definiu no parágrafo único do artigo em comento os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo, que são os direitos coletivos propriamente ditos¹⁶ e os direitos individuais homogêneos¹⁷. Acontece que o STF já havia

¹⁴ Súmula 630 do STF: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

¹⁵ Súmula 629 do STF: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.”

¹⁶ Assim entendido como os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica.

¹⁷ Assim entendidos como os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

manifestado posicionamento, no mesmo RE 196.184/MA¹⁸, da possibilidade de ajuizamento da ação mandamental por partidos políticos na defesa de direitos difusos. Nesse entender jurisprudencial, não se limitaria a ação dos partidos à defesa de direitos políticos, alcançaria também a proteção do meio ambiente, na defesa dos consumidores, entre outros.

Assim também votou, no Tribunal Pleno, o Ministro Carlos Velloso ao pronunciar-se no RE 181.438-1/SP, STF, quando expressa seu entendimento "... no sentido de que o mandado de segurança coletivo protege tanto os interesses coletivos e difusos, quanto os direitos subjetivos."

Sobre os temas ulteriormente comentados, caberá um pouco mais de paciência sobre o novo posicionamento do STF, após a edição da Lei nº 12.016/09, tendo em vista que tais questões não foram suscitadas nas ADIs que hora tramitam nesta casa.

Analizando os aspectos processuais da ação mandamental, percebe-se que se trata de um rito célere, tendo em vista a finalidade protetiva e por vezes preventiva da garantia. Não comporta fase de dilação probatória, pois o direito líquido e certo deverá ser provado de plano, como já mencionado anteriormente.

A sentença na segurança coletiva fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas. Esse será um dos pontos debatidos, posteriormente, quanto à sua compatibilidade com o atual texto constitucional.

¹⁸ "Tenho para mim que os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional acham-se incluídos, para efeito de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, no rol daqueles que possuem legitimação ativa universal, gozando, em consequência, da prerrogativa de impugnarem qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material." (trecho do voto da Rel. Min. Ellen Gracie no RE 196.184/MA, disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo372.htm#Transcricoes>>.
Acessado em 21 nov. 2011.

Em seus artigos finais, a Lei nº 12.016/09 estabelece três situações importantes: o prazo decadencial para interposição da segurança, a contar da ciência do interessado do ato impugnado, é de 120 dias; a não condenação ao pagamento de honorários advocatícios; e o não cumprimento das sentenças mandamentais constitui crime de desobediência tipificado no Código Penal.

Pelo exposto, percebe-se que a nova disciplinadora do mandado de segurança, seja no que se refere à defesa individual ou coletiva de direitos, lhe atribui um caráter de ação especial, com amparo constitucional, que visa tutelar direitos amplos, por meio de um procedimento célere.

É o mandado de segurança, como se demonstrou repetidas vezes, o meio hábil para proteger o direito líquido e certo do indivíduo contra as ilegalidades e abusos do poder público, sendo ação constitucional de amplo espectro de ação.

Por essa razão, para não comprometer a amplitude dessa garantia constitucional, torna-se de suma importância que o procedimento disciplinado na esfera infraconstitucional se submeta aos princípios estabelecidos na Lei Maior do nosso país.

É com essa visão, que após apresentarmos de forma sucinta o novo regramento estabelecido pela Lei nº 12.016/09, passamos a analisar, com base nos questionamentos levantados pelo Conselho Federal da OAB, nas ADI nº 4296 e ADI nº 4403, algumas incompatibilidades constitucionais da nova lei do mandado de segurança.

O estudo foi organizado de forma a apresentar ao leitor os argumentos esposados pelo Conselho da OAB, os quais buscam justificar a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da lei em comento, contrapondo-os, quando possível, ao parecer ofertado pela Procuradoria Geral da República na defesa de sua constitucionalidade, para que, a título de arremate, possamos compreender definitivamente se há compatibilidade ou não na norma objeto de estudo no presente trabalho com o atual texto constitucional.

4 AS POSSÍVEIS INCOMPATIBILIDADES CONSTITUCIONAIS

Importa ressaltar que a Constituição Federal deve funcionar como o instrumento normativo que estabelece a validade de todo o ordenamento jurídico;

destarte, a adequação entre o dispositivo legal e a norma constitucional em matéria de mandado de segurança é necessária para que o remédio possa ser manejado sem vícios e discussões quanto à sua aplicabilidade que obstaculizem sua natural função garantidora de direitos.

Utilizando-se do ensinamento de Medina e Araújo (2009, p.27):

“... o ponto de partida para a análise das disposições contidas na Lei nº. 12.016/2009 é a norma constitucional. Assim, os limites previstos pelo legislador infraconstitucional não poderão ser considerados, sempre que afrontarem princípios constitucionais.”

É a adequada conformação ao princípio da supremacia da Constituição que informa que todas as normas devem buscar sua validade no texto constitucional, como bem ensina Cunha Júnior (2008, p. 32):

“A supremacia da Constituição, sem dúvida, é tributária da idéia da superioridade do poder constituinte sobre todas as instituições jurídicas e políticas vigentes no Estado, de sorte que uma Constituição haure o fundamento de sua supremacia na própria supremacia do poder que a originou. Isso faz com que o produto do exercício deste poder, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, **servindo de fundamento de validade a todas as demais normas**, e de referência obrigatória à atuação do poder público, que a ela se encontra vinculado.” (grifo nosso).

Nesse sentido é que normas infraconstitucionais incompatíveis com o texto da Constituição vigente estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade a ser realizado pelos órgãos do Poder Judiciário e, indubitavelmente, deverão ser rifadas do ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, analisemos os argumentos expendidos pela OAB, quando questionou a constitucionalidade na nova lei do mandado de segurança, aduzindo que o legislador não preservou a amplitude da ação de natureza constitucional, diminuindo seu poder de ação por razões meramente protetivas ao poder público e a suas autoridades.

Sem mais delongas, passemos à análise pormenorizada de cada artigo suscitado.

4.1 O § 2º do Art. 1º - Dos atos de gestão comercial

O comando constitucional presente no inciso LXIX do art. 5º da Constituição assegura:

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.”

A norma garantidora exprime certas limitações ao uso da segurança, a seguir destacadas: que o direito seja líquido e certo, que não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, que o ato impugnado parta de autoridade pública ou de quem os faça as vezes e que este ato seja maculado por ilegalidade ou abuso de poder, não havendo qualquer restrição ao tipo de ato a ser combatido.

No entanto, o § 2º do art. 1º da Lei nº. 12.016/2009, abaixo transcrito, prevê o não cabimento do remédio constitucional contra atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

§ 2º “Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.”

Percebe-se que o legislador ordinário criou uma restrição, não prevista no texto constitucional, retirando do campo de ação do mandado de segurança os atos de gestão praticados pelas pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à administração indireta.

A norma constitucional assegura que qualquer ato público eivado de ilegalidade ou abuso de poder poderá ser questionado pela via mandamental, seja ele praticado por autoridade da administração direta, indireta ou por particular investido na função pública.

Os atos de gestão comercial são atos administrativos realizados por agentes públicos que podem ser maculados de ilegalidade ou abuso de poder e, desta forma,

por expresse comando constitucional, deveriam estar sujeitos a controle pela via mandamental.

Tendo sentido amplo e abrangente, o mandado de segurança revela-se meio de limitação ao exercício da autoridade pública, não cabendo ao legislador infraconstitucional restringir o comando maior.

Trata-se de uma tentativa furtiva de proteção ao poder público, haja vista que os atos de mera gestão privada podem importar práticas claramente abusivas ou ilegais, ofensivas a direitos e interesses da comunidade administrada.

Observe que as locações imobiliárias por parte da administração pública, bem como a celebração de contratos de compra e venda, exemplos de atos de gestão, podem ser passíveis, por exemplo, de vício de legalidade, tendo no mandado de segurança a via para adequação do mesmo ao ordenamento jurídico.

O STJ já se posicionou reconhecendo o cabimento do mandado de segurança contra ato de gerente regional de concessionária de energia elétrica, quando da análise do REsp 457.716/MT¹⁹.

Nas alegações do Conselho Federal da OAB na ADI n°4296 (p.09), a vedação imposta à utilização do mandado de segurança "... retira do campo de atuação do Poder Judiciário a possibilidade de apreciação de lesão ou ameaça a direito quando se tratar de atos de gestão comercial."

Restaria prejudicada a atuação do Poder Judiciário por retirar a independência e autonomia no conhecimento de lesão ou ameaça a direitos decorrentes de atos de gestão comercial, interferindo na forma processual de controle judicial dos atos públicos ilegais e abusivos, o que importa em violação aos arts. 2º e 5º, XXXV, da Constituição.

Em posicionamento diverso, o ato combatido pelo mandado de segurança, segundo a Constituição, é aquele revestido de poder público, exprimindo a força do Estado. Por essa razão é que o ato do particular na condição de delegatário do poder público pode ser combatido pela via mandamental, tendo em vista que o que

¹⁹ REsp 457716/MT RECURSO ESPECIAL -2002/0100494-3.

EMENTA: RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS- "A" E "C" - ADMINISTRATIVO- CONCESSÃO DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DE REPRESENTANTE DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DELEGADA - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (Rel. Min. Franciulli Netto, STJ, 2ª T, DJ 08.09.2003, p. 291.)

se revela importante é a característica do ato como público, não importando quem o pratique.

A doutrina tradicional faz a distinção entre os “atos de gestão” – dos quais a lei não permite a ação do mandado de segurança – dos “atos de império”. Na lição de Hely Lopes Meirelles²⁰ (2008, p.168-169):

“Atos de império ou de autoridade são todos aqueles que a administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhe impõe obrigatório atendimento. (...) Atos de gestão são os que a administração pratica sem usar de sua supremacia sobre os destinatários. Tal ocorre nos atos puramente de administração dos bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares, que não exige coerção sobre os interessados.”

Nem todos os atos realizados pelo poder público revestem-se da coercitividade dos atos administrativos - como, por exemplo, os atos de gestão - não se caracterizando como ato de poder público literalmente, e conseqüentemente excluindo-se da atuação do mandado de segurança.

Os atos de gestão comercial cometidos pelos administradores, ofensivos aos particulares ou à coletividade, podem ser atacados por outras vias judiciais diferentes do mandado de segurança. Não havendo, portanto, qualquer inconstitucionalidade no § 2º do art. 1º da Lei nº. 12.016/09²¹.

Não é compatível com a hierarquia normativa do ordenamento jurídico pátrio que lei infraconstitucional altere, suprima ou limite comandos constitucionais, ainda mais quando se trata de garantia fundamental protegida pela imutabilidade conferida pelo art. 60, § 4º da Constituição de 1988.

A vedação à aplicação do mandado de segurança contra ilegalidades ou abusos de poder cometidos pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público por meio de atos de gestão é uma limitação à garantia constitucional.

Por estar elencado no rol do art. 5º da Constituição Federal, qualificando-se como direito fundamental, o mandado de segurança tem suas hipóteses de

²⁰ Direito administrativo brasileiro, 34ªed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 168-169.

²¹ Parecer da PGR na ADI nº 4296, p. 07.

cabimento analisadas de forma ampliativa, sendo certo que restrições à sua utilização devem ser vistas com reserva, pois em tese, não cabe ao legislador infraconstitucional limitar direitos assegurados constitucionalmente (SODRÉ, 2008, p.112).

■ E não se confundam os atos de gestão aqui tratados com os atos de mero expediente, os quais dão, rotineiramente, andamento a processos e evoluem documentos dentro dos órgãos e entidades da administração. Estes são passíveis da impetração da segurança quando ilegais ou abusivos.

■ No entanto, a questão a ser respondida é: Os atos de gestão são atos públicos? São atos aos quais se atribuem características como imperatividade, autoexecutoriedade e presunção de legitimidade?

A bem da verdade, é que a classificação em atos de império e atos de gestão não se apresenta tão adequada para as atuais atividades administrativas e princípios a ela vinculados, pois determinados atos de gestão, mesmo sem prerrogativas de ato administrativo, devem enquadrar-se a princípios constitucionais podendo ser eivados de abuso ou ilegalidade²².

Não é cabível qualificar todo ato que emane de empresa pública, sociedade de economia mista ou concessionária de serviço público como ato de gestão, como se infere da regra do § 2º do art. 1º da lei nº12.016/09, pelo simples fato de serem pessoas jurídicas de direito privado.

■ Nesse sentido, a solução para a questão encontra-se em demonstrar se o ato coator foi praticado no exercício da função pública e se submete ou não aos princípios da atividade administrativa, seja ele efetivado por autoridade pública ou por quem, na condição de concessionário, o faça as vezes.

■ O que deve ser levado em conta não é a classificação do ato e sim a finalidade a que ele se destina, ou seja, tendo finalidade pública, será tratado pelo regime jurídico de direito público, sendo possível a impetração de mandado de segurança quando abusivo ou ilegal.

²² "Deveras, a COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA - CEEE é sociedade de economia mista, motivo pelo qual conspiraria contra a ratio essendi do art. 37, da Constituição Federal e da Lei n.º 8.666/93 considerar que um contrato firmado mediante prévio procedimento licitatório e que é indubitavelmente espécie de ato administrativo consubstanciar-se-ia mero ato de gestão." (STJ, REsp 789749, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, v.u., DJ 4.6.2007)

Os Tribunais Superiores já firmaram entendimento através das Súmulas 333 do STJ²³ e 510 do STF²⁴, sobre a matéria, que corrobora com o posicionamento apresentado.

Quando a Lei nº 12.016/09 adotou a expressão "atos de gestão comercial" para vedar o cabimento do mandado de segurança, não definiu em que consistem tais atos, podendo-se cogitar que sejam atos praticados no exercício de suas atividades-meio.

Porém, como explica Aline Lícia Klein (2009), determinados atos praticados no exercício da atividade-meio implicam "...o exercício de função pública delegada e deve ser orientada de acordo com os princípios da Administração Pública. Nesses casos, também há de se admitir o cabimento do mandado de segurança."

É perceptível a inconstitucionalidade do dispositivo em comento com os artigos 2º e 5º, XXXV e LXIX da Constituição Federal, por limitar o campo de ação do mandado de segurança, retirando do Poder Judiciário a possibilidade de conhecer de lesão ou ameaça a direito provocada por atos de gestão, interferindo de forma incisiva na separação dos poderes.

Alternativamente, tendo em vista que tais dirigentes lidam com recursos que não são exclusivamente privados, poderá ser dada ao dispositivo interpretação compatível com a Constituição, declarando a inconstitucionalidade sem redução do seu texto²⁵, no sentido de ser vedada a segurança contra atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público, desde que esses atos sejam submetidos exclusivamente ao regime de direito privado.

4.2 Do inciso III do art. 7º - Sobre a exigência de caução, fiança ou depósito

²³ Súmula 333 do STJ: "Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública."

²⁴ Súmula 510 do STF: "*Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.*"

²⁵ "É a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal." MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 275.

O dispositivo que passamos a analisar estabelece uma inovação em relação ao regramento anterior (Lei nº 1.533/51) ao possibilitar que o magistrado possa exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com a finalidade de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

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

[...]

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

[...] (grifo nosso)

A norma transcrita aconselha ao juiz que suspenda o ato de forma liminar, inicialmente, no momento de despachar a inicial, quando houver fundamento relevante (*fumus boni iuris*) e quando da persistência do ato impugnado puder resultar a ineficácia da segurança pretendida (*periculum in mora*), caso seja ao final deferida em favor do impetrante.

Perceba, caro leitor, que a concessão de liminar não se trata de mera liberalidade do magistrado, mas de direito subjetivo do impetrante.

Nas palavras de Greco Filho (2010, p. 31), a concessão de liminar não é condição de procedibilidade da ação mandamental, mas deverá ser concedida quando houver possibilidade de que a demora na prestação jurisdicional acarrete dano irreparável ao impetrante, ou quando o dano puder se consumir no decorrer da ação.

O questionamento quanto à inconstitucionalidade do dispositivo revela-se justamente em sua inovadora parte final, quando faculta ao magistrado a possibilidade de solicitar do impetrante caução, fiança ou depósito para a concessão da liminar.

Percebe-se que, por mais uma vez, o legislador inovou frente ao texto constitucional de forma a limitar a capacidade postulatória aos mais dotados econômica e financeiramente, minimizando e amesquinhando o princípio constitucional do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), que resguarda o dever estatal de prestar a tutela efetiva e a proteção adequada frente à lesão ou ameaça a direito.

Pelos pressupostos de concessão de uma liminar, a finalidade de seu deferimento em sede de segurança não é trazer prejuízo ou dilapidar o patrimônio público, e sim resguardar o direito do impetrante das consequências do ato lesivo já praticado e da demora do seu desfazimento.

A jurisprudência do STF já se inclinou nesse sentido, por ocasião do julgamento da ADI nº 1576²⁶, manifestando-se no sentido da inconstitucionalidade do art. 2º da Medida Provisória nº 1.570, que versava sobre a exigência de caução para fins de concessão de liminar, quando suspendeu de forma liminar sua eficácia²⁷.

A concessão de liminar é inerente à ação mandamental, quando presente seus requisitos, estando esta ínsita na própria definição constitucional da garantia, como expõe a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha²⁸ quando em seu voto afirma que "... a raiz constitucional da liminar de mandado de segurança, inobstante implícita no texto normativo magno, explicita-se pela sua indispensabilidade em algumas hipóteses para realização da finalidade protetora..."

Nesse sentir, a limitação ou condicionamento dessa forma de prestação jurisdicional revela-se como uma afronta direta à separação dos poderes esculpida na art. 2º da Constituição, pois reflete na forma de agir do Poder Judiciário.

Faz-se oportuno questionar se a aplicação de caução, fiança ou depósito para a concessão de liminar em mandado de segurança se coaduna com o princípio da máxima efetividade do processo na prestação jurisdicional. Não nos parece razoável a exigência de contracautela para proteção do interesse público, tendo em vista a extensa possibilidade recursal deste Poder frente a decisões contrárias às suas pretensões, com previsão expressa, inclusive, na própria Lei nº 12.016/09, em seu art. 15²⁹.

²⁶ EMENTA: LIMINAR - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ANTECIPADA - CAUÇÃO - GARANTIA REAL OU FIDEJUSSÓRIA. "Na dicção da ilustrada maioria, concorrem a relevância e o risco no que o artigo 2º da Medida Provisória nº 1.570/97 condicionou a concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, à caução, isso se do ato puder resultar dano à pessoa jurídica de direito público." (ADI 1576, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 06.06.2003.)

²⁷ Não houve julgamento de mérito em virtude da Medida Provisória não ter sido convertida em lei, perdendo a ação o seu objeto.

²⁸ A liminar no mandado de segurança, *in* Mandados de segurança e de injunção. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 222. Sob a coordenação do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

²⁹ Art. 15. "Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso

Torna-se relevante a analogia entre a dispensabilidade de depósito prévio para admissibilidade de recursos na esfera administrativa, discutido na ADI nº 1074³⁰ na qual entendeu o Egrégio Tribunal tratar-se de barreira ao acesso à justiça, e o dispositivo em comento. O referido condicionamento à concessão de liminar é incompatível com a natureza da ação mandamental por ferir, assim como no caso comparado, o art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

A incompatibilidade do inciso III, do art. 7º, da nova lei mandamental frente aos artigos 2º, 5º, XXXV e LXIX da Constituição flutua na imposição de restrições incompatíveis com a natureza, abrangência e tutela protetora da ação mandamental, além de limitar a eficácia da prestação jurisdicional.

De outro modo, poderá ser dada interpretação ao dispositivo conforme a Constituição de forma que a concessão de liminares seja viabilizada sempre que preenchidos seus pressupostos de cabimento, evitando que os juízes exijam e condicionem tal concessão à prestação de caução, fiança ou depósito, criando um verdadeiro *apartheid* social. (ADI 4296, p.30)

Em seu parecer na ADI nº 4296 (p. 07) e posicionando-se de forma contrária à apresentada até o momento, a Procuradoria Geral da República entendeu ser a exigência de caução, fiança ou depósito como contracautela para a concessão de medida liminar na ação mandamental, instrumento da mesma lógica que sustenta o poder geral de cautela do magistrado em conceder liminares ou antecipação de tutela.

A relevância da urgência e a limitação de tempo e de informações mais detalhadas autorizariam ao magistrado a estabelecer tais medidas como forma de expressão do contraditório, da bilateralidade do processo e do tratamento igualitário das partes.

suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.” **(grifo nosso)**

³⁰ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 19, CAPUT, DA LEI FEDERAL N. 8.870/94. DISCUSSÃO JUDICIAL DE DÉBITO PARA COM O INSS. DEPÓSITO PRÉVIO DO VALOR MONETARIAMENTE CORRIGIDO E ACRESCIDO DE MULTA E JUROS. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISOS XXXV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (STF, Rel. Min. Eros Grau, Acórdão, DJ 25.05.2007.)

1. O artigo 19 da Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. Consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário.

2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

Corroborando com esse entender, Luiz Guilherme Marinoni³¹ diz que a legitimidade da contracautela baseia-se na circunstância do superficial esclarecimento dos fatos à época da concessão da tutela cautelar.

Esse entendimento também é compartilhado pela Advocacia-Geral da União, quando explicita que se fosse proibido ao juiz exigir caução, fiança ou depósito, muitas das vezes negaria o pedido de liminar por não estar seguro dos argumentos apresentados pelo impetrante³².

Em juízo de cognição sumária, caberá ao magistrado avaliar se o deferimento de medida liminar trará mais benefícios ao autor e ao processo que prejuízo ao réu, caracterizando o *periculum in mora* inverso.³³

Por essas razões a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria Geral da República defendem ser razoável a possibilidade de contracautela para a concessão de liminar, tendo em vista não se tratar de restrição absoluta, obrigatória, e sim de mera faculdade do magistrado.

A liminar é instituto ínsito a garantia mandamental, sendo raros os casos em que pretendida a segurança, esta não é acompanhada de pedido liminar.

A medida liminar tem caráter de segurança do provimento final e não de satisfação do impetrante, tendo o Estado-Juiz interesse na sua concessão, haja vista ser seu o poder-dever de efetivar a prestação da jurisdição.

A norma prevista pelo inciso III do art. 7º é uma faculdade que, sendo declarada constitucional, deverá ser utilizada pelo magistrado com cautela e proporcionalidade.

Entretanto, entendemos que o condicionamento da concessão de liminar à fiança, caução ou depósito restringe o acesso do cidadão à prestação jurisdicional, limitando sua concessão aos que detêm poder econômico, violando assim o art 5º, XXXV da Constituição.

Prestação essa que, em sede de liminar, não é faculdade do magistrado e sim direito subjetivo do impetrante, quando atendidos os pressupostos legais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

³¹ Processo cautelar, 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 130.

³² Manifestação da AGU na ADI nº 4296, citada pela Procuradoria Geral da União, p. 08.

³³ Manifestação da AGU na ADI nº 4296, p. 16.

Além do que, não trouxe o constituinte originário qualquer limitação à máxima efetivação do mandado de segurança, descabendo ao legislador infraconstitucional limitar importante meio de defesa contra atos do Poder Público.

O Código de Processo Civil já faz a previsão, em seu art. 798, do chamado poder geral de cautela que permite o magistrado na concessão de medidas cautelares - e a liminar é uma medida cautelar - inovar de forma a garantir a efetiva prestação jurisdicional.

Dessa forma, faz-se desnecessária a previsão de caução, fiança ou depósito, como forma de contracautela para a concessão de liminar em mandado de segurança, quando ao magistrado já é dado o poder geral de cautela para adequar a medida ao caso concreto, enaltecendo nesse ponto o princípio do contraditório, da ampla defesa e do tratamento equânime das partes no processo.

Corroborando com esse entendimento, Eduardo Sodré (2009, p.141) diz que, de forma excepcional, poderá o juiz exigir contracautela para a concessão de liminar, mas que eventual previsão normativa em tal sentido, por ser abstrata, seria não apenas abusiva, mas também inconstitucional.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2008, p.84), "... se o juiz condiciona a concessão da medida liminar à realização de depósito, está, na verdade, indeferindo a liminar".

Não entendemos ser uma interferência no Poder Judiciário, posto que o legislador atribui uma faculdade ao magistrado e não uma obrigação. Faculdade que deverá ser exercida quando da extrema necessidade, adequando-se ao caso concreto como expressão do poder geral de cautela.

4.3 Do parágrafo 2º do art. 7º

Ainda no que se refere às normas constantes no art. 7º da lei nº 12.016/09, o novo regramento além de previsão de caução, fiança ou depósito para concessão de liminar presente em seu inciso terceiro, acima analisado, trouxe em seu § 2º a vedação da concessão de liminar em algumas situações fáticas, destacadas na transcrição a seguir:

Art. 7º

[...]

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

[...] (destaque nosso)

Para um melhor entendimento, as situações serão analisadas de forma separada, reservando-nos a expor nosso comentário ao final, vejamos:

4.3.1 Da compensação dos créditos tributários

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou em diversas oportunidades ser a questão referente à compensação de créditos tributários matéria de natureza infraconstitucional, como, por exemplo, na análise do RE 559164 ED/SP³⁴, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia.

Buscando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, depara-se com a Súmula 212³⁵ que veda a compensação dos referidos créditos em sede de liminar; e com a Súmula 213³⁶ que indica o mandado de segurança como a via eleita para a declaração do direito à compensação de créditos tributários.

No entender das jurisprudências citadas, podemos concluir que a compensação de créditos tributários é matéria infraconstitucional, que tem como via de eleição para declaração de direito o mandado de segurança, mas descabe a concessão de medida liminar.

A questão a ser analisada não é a vedação de liminar em compensação de créditos, mas sim a diminuição da eficácia que a referida norma traz ao mandado de segurança.

³⁴ EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. As questões sobre a compensação dos valores recolhidos a maior com outros tributos, a aplicação de correção monetária e juros e a prescrição são infraconstitucionais. Precedentes. (RE 559164 ED/ SP, Rel. Min. Cármen Lúcia. 1ª T, STF, DJ 01.02.2008)

³⁵ Súmula 212 do STJ: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar.”

³⁶ Súmula 213 do STJ: “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.”

Mais uma vez percebe-se a limitação do *mandamus*, mitigando a sua máxima efetividade, quando veda-se a possibilidade de concessão de liminar em compensação de créditos tributários, incorrendo em violação ao art. 2º da Constituição, por ingerência na esfera do Poder Judiciário e quebra do princípio da separação dos poderes, bem como por contrapor-se ao princípio de acesso à jurisdição e à própria garantia fundamental do mandado de segurança, estampados no art. 5º, XXXV e LXIX da Carta Republicana, como já discutido outrora. (ADI nº 4296, p. 33)

Analisando de forma a admitir a compatibilidade da norma, encontramos que a vedação à concessão de liminar encontra-se no §5º, do art. 1º da Lei nº 8.437/92³⁷, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADC 04³⁸, admite ser constitucional lei que impeça antecipação de tutela ou deferimento de liminar. Ressalta-se a observação do Ministro Menezes Direito, no julgamento desta, que afirma “...ser tradição dessa Corte aceitar restrições ao Judiciário, desde que não afetem o direito à proteção judicial efetiva.” (parecer da PGR na ADI nº 4296, p.12).

Ao se posicionar nesse sentido, entendeu o STF que a finalidade da norma era adequar o mandado de segurança à execução própria da Fazenda Pública, inscrita no art. 100 da Constituição.

A favor de uma suposta compatibilidade, não parece ser razoável suprimir do legislador a capacidade de restringir a concessão de liminar no mandado de segurança, quando o próprio judiciário (Súmula 212 do STJ) e outras leis (§5º, do art. 1º da Lei nº 8.437/92) o fazem.

4.3.2 Da entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior

³⁷ Art. 1º, § 5º: “Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.”

³⁸ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.494, DE 10.09.97, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA ADC. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. (ADC 4, STF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ. 21.05.1999)

A segunda situação de vedação de concessão de liminar não foi uma inovação do § 2º do art. 7 da Lei nº 12.016/09, haja vista o art. 1º da Lei nº 2.770/56 já prever tal situação para quaisquer ações ou procedimentos judiciais, tendo aquela apenas repetido a idéia desta.

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

Visando à proteção do interesse público, o atual regulamento aduaneiro – Decreto nº 6.759 de 05.02.2009 – prevê, em seu art. 689, § 1º³⁹, pena pecuniária para as mercadorias inicialmente liberadas, as quais posteriormente se decretou seu perdimento e não são restituídas.

Diante dessa proteção, não entendemos ser plausível que o legislador promova uma restrição à garantia constitucional do mandado de segurança, posto que, mesmo concedida de forma liminar a segurança, em sendo esta denegada em sentença final, estará o interesse público resguardado pela pena pecuniária estabelecida pelo § 1º do art. 689 do regulamento aduaneiro.

Lançamos ao leitor o mesmo questionamento proposto pela OAB sobre o tema: “Existe alguma razoabilidade em manter bens perecíveis retidos, aguardando uma decisão definitiva de mérito? Qual será o proveito final do comando judicial?” (ADI nº 4296, p. 36).

A retirada do Poder Judiciário da possibilidade de eliminação imediata – através da concessão de liminar ou qualquer medida preventiva – de atos ilegais e abusivos cometidos por agentes públicos aduaneiros, esvazia a esfera de proteção das empresas do ramo de importação, inviabilizando o pleno exercício de sua atividade comercial, o que contraria o parágrafo único do art. 170 da Constituição⁴⁰.

³⁹ § 1º “A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida.”

⁴⁰ Art. 170, Parágrafo único “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

O STF no julgamento do RE 192705/SP⁴¹, enfrentando situação análoga, condicionou a liberação de mercadoria à comprovação do pagamento do ICMS, expressando nítida preocupação em proteger o interesse financeiro do Estado, o qual, na atualidade, encontra-se resguardado pelo novo regramento aduaneiro, como já mencionado.

A restrição à concessão de liminar em mandado de segurança para liberação de mercadoria, instituída pela Lei nº 2.770/56, e ora revigorada pela Lei nº 12.016/09, mitiga a máxima efetividade guarnecida pelo atual texto constitucional à garantia mandamental, devendo ser aplicado o instituto da não receptividade àquele, e o da inconstitucionalidade ao ato ora impugnado⁴².

A vedação de liminar afronta o art. 2º, 5º XXXV e LXIX da Carta Constitucional, pelos motivos ademais expostos.

Nada impede que o judiciário tenha sobre essa situação entendimento diverso como já o fez o STJ, liberando mercadorias vindas do exterior, em sede de liminar, devido à greve de servidores da Receita Federal.⁴³

4.3.3 Da reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza

Conforme outrora já feito, colacionando de legislações esparsas as regras referentes ao mandado de segurança, o legislador trouxe para o bojo da Lei nº 12.016/09 situação prevista em regramento anterior.

⁴¹ EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS - MERCADORIA IMPORTADA. ART. 155, § 2º, IX, a, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. SÚMULA 577. 1. "O Plenário do STF, no julgamento dos RR.EE. 193.817 e 192.711, firmou entendimento no sentido de que pode, a liberação da mercadoria importada, ser condicionada à comprovação, pelo importador, do pagamento do ICMS sobre ela incidente. [...]" (RE 192705/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ. 10.10.1997)

⁴² As normas anteriores ao atual texto constitucional, quando incompatíveis com o mesmo, sofrem o processo da não recepção, ao passo que as normas editadas na sua vigência e com ela dissonante, devem ser declaradas inconstitucionais.

⁴³ ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEFERIMENTO DE LIMINAR. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS IMPORTADAS. GREVE DE SERVIDORES. DIREITO AO DESEMPAÇO ADUANEIRO. VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL NÃO CONFIGURADA.

"Não cabe ao particular arcar com qualquer ônus em decorrência do exercício do direito de greve dos servidores, que, embora legítimo, não justifica a imposição de qualquer gravame ao particular. Devem as mercadorias ser liberadas, para que a parte não sofra prejuízo. Recurso não conhecido." Decisão unânime. (REsp 179.255, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ. 12.11.2001)

O art. 5º da Lei nº 4.348/64 prevê situação idêntica à descrita no dispositivo ora analisado:

Art. 5º “Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.”

Por sua vez, o art. 1º da Lei nº 5.021/66 também o faz:

Art. 1º “O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

(...)

§4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.”

A vedação à concessão de liminar em favor de funcionário público prevista nos dispositivos acima transcritos, além de se revestir do caráter autoritário próprio da época em que foram editados⁴⁴, é literalmente inconstitucional.

A afronta consiste no fato do art. 5º, *caput*⁴⁵ da Constituição fomentar a igualdade de todos perante a lei, não fazendo qualquer distinção quanto ao beneficiário da garantia. É inadmissível que o legislador infraconstitucional preveja um “discriminem”, cerceando os servidores públicos de terem seus direitos protegidos de forma liminar.

Na atual redação dada ao dispositivo, existe a expressão “pagamento de qualquer natureza”, incluindo-se aí o salário, que tem natureza alimentar e não gozaria de proteção liminar contra atos ilegais e abusivos do poder público.

Redundamos no questionamento, por vezes suscitado neste trabalho, de ser possível limitar a efetividade de garantia constitucional por meio de lei infraconstitucional, como pretende o dispositivo ora em comento.

⁴⁴ O Regime Militar no Brasil perdurou de 1964 a 1985.

⁴⁵ Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:.”

Na ADC 04, citada anteriormente, o Egrégio Tribunal manifestou-se no sentido de que é possível a admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela dos juízes, desde que razoáveis e não ofensivas ao livre acesso à jurisdição tudo isso em matéria infraconstitucional e não sobre uma garantia fundamental. (ADI nº 4296, p.43-44)

O dispositivo ora impugnado afronta os seguintes dispositivos constitucionais: o art. 2º, por retirar do juiz a prerrogativa de dizer o direito, violando a separação dos poderes, pois a proibição de concessão de liminar afronta a liberdade e autonomia dos juízes; o caput do art. 5º, na medida em que confere tratamento diferenciado ao servidor público, quando o próprio texto constitucional não o fez; o art. 5º, XXXV e LXIX, por limitar o acesso à jurisdição liminar em matéria de mandado de segurança, assim como por diminuir a efetividade deste.

De uma forma geral, englobando as três situações descritas no dispositivo, entendemos pela incompatibilidade da norma com o texto constitucional. Em primeiro plano, por uma afronta ao art. 2º da Constituição, pois retira do Poder Judiciário a possibilidade de concessão de liminar, interferindo diretamente na função jurisdicional, quebrando a independência e harmonia dos poderes.

Lembramos que a concessão da medida liminar é direito subjetivo do impetrante, estando presentes os seus pressupostos.

O Ministro Gilmar Mendes (2009, p. 330-331) ensina que a possibilidade de restrição a direitos fundamentais, em alguns casos, vem de forma expressa no texto constitucional traduzidas em diversas formas, v.g: "nos termos da lei" (art. 5º, VI e XV), "salvo nas hipóteses previstas em lei" (art. 5º, LVIII). Outras vezes, apresenta-se por meio de conceitos jurídicos indeterminados, como por exemplo no termo "função social" (art. 5º, XXIII). Consistem portanto, na denominada reserva legal contida nas normas, que estendem ao legislador ordinário a capacidade de limitar o alcance da proteção do direito fundamental.

Da definição de mandado de segurança exposta no art. 5º, LXIX da Constituição, o único termo que poderia levar a uma limitação da garantia é o que se refere a "direito líquido e certo". Por essa razão, acreditamos não ser possível que uma lei infraconstitucional limite ou restrinja o alcance e a efetividade de uma garantia constitucional vedando a concessão de liminar, tendo em vista a supremacia do texto constitucional frente ao ordenamento jurídico.

Perceba-se que a garantia constitucional do mandado de segurança está no rol dos direitos fundamentais, os quais recebem a proteção da imutabilidade do § 4º do art. 60 da Constituição. Nesse sentido, admitindo-se que uma limitação equivale a uma modificação em seu campo de atuação, estaria o legislador alterando cláusula pétrea, impossível de modificação até mesmo por Emenda Constitucional.

Corroborando com esse entendimento, o Ministro Luiz Fux, à época membro do STJ e atualmente ocupando assento no STF, expressou (2002, p. 139):

“No atual sistema constitucional brasileiro, no qual o amplo acesso à justiça e o devido processo legal são reconhecidos como direitos e garantias fundamentais, parte da doutrina tem entendido que a proibição de concessão de medida liminar é de constitucionalidade no mínimo duvidosa.”⁴⁶

Exceto ao que se refere à compensação tributária, cuja vedação foi extraída da Lei nº 8.437/92 e da Súmula 212 do STJ, todas as outras vedações a que se refere o § 2º do art. 7º foram extraídas de leis anteriores à atual Constituição.

O legislador apenas transcreveu as antigas disposições no novo diploma do mandado de segurança sem observar se houve ou não recepção destas pelo atual texto constitucional.

Especificamente, no que diz respeito à liberação de mercadorias vindas do exterior, Meirelles (2008, p.87) diz que a vedação da concessão de liminar era aplicada apenas para produtos de contrabando e não aos bens importados ou trazidos para o país como bagagens.

Em relação à vedação nas situações de reclassificação ou equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens, bem como pagamento de vencimento ou de vantagens a servidores públicos, além dos argumentos acima, pesa o caráter discriminatório da norma.

Tais restrições afiguram-se inconstitucionais, por desigualarem os impetrantes no mandado de segurança, em detrimento do servidor público, diz Meirelles (2008, p.87). A norma afronta o art. 5º da Constituição que veda qualquer forma de discriminação, estabelecendo serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

⁴⁶ AgRg MS nº 8130 – DF, 1ª seção STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 3.6.2002, p. 139.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a vedação da concessão de liminar em determinadas matérias – pelo uso do poder geral de cautela – não é ofensiva à efetiva proteção judicial. Entretanto, a previsão genérica suscita sérias dúvidas sobre os reflexos que tal providência teria sobre o modelo de proteção judicial⁴⁷.

A doutrina especializada defende a impossibilidade total de limitar a garantia constitucional das liminares por levar à ineficácia do poder geral de cautela. Nesse sentido, afirma Nery Jr.⁴⁸ (2006, p. 139):

“As normas das leis ordinárias destinadas a limitar a concessão de liminares pelo juiz são ineficazes, pois o magistrado pode usar de seu poder cautelar geral para concedê-las, mesmo na ausência de permissão legal.”

4.4 Do § 2º do art. 22 – Exigência de oitiva prévia para concessão de liminar no mandado de segurança coletivo

O dispositivo que no momento se discute não é uma novidade da nova lei. O art. 2º da Lei nº 8.437/92⁴⁹ já previa que a liminar em mandado de segurança coletivo deveria ser concedida, estando presentes os seus pressupostos, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada.

No entanto, ao repetir a norma antiga, a Lei nº 12.016/09 sofreu em seu texto a inserção da expressão “só poderá”, como se verifica na transcrição abaixo:

Art. 22. “No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

[...]

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar **só poderá** ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa

⁴⁷ Gilmar Mendes (2009, p. 587), citando ADI-MC 272 e 273, Rel. Aldir Passarinho, DJ. 14.4.2000.

⁴⁸ NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Extravagante**. São Paulo: RT, 2006. p. 139.

⁴⁹ Art. 2º “No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, **após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público**, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.” (grifo nosso)

jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas." (**grifo nosso**)

A modificação acima explicitada trouxe uma limitação incompatível com a máxima efetividade da ação mandamental por condicionar, de forma obrigatória, a proteção liminar do direito do impetrante à manifestação da pessoa jurídica de direito público.

Nesse sentido e com base na redação antiga, já havia entendimento do Supremo⁵⁰ de que se atribuía ao magistrado certa margem de liberdade para conceder medida liminar sem a oitiva da parte contrária.

Posicionou-se o STF agravo regimental na petição nº 2.066 que, em casos de evidente perecimento do direito, pode o magistrado conceder liminar "*inaudita altera parte*", sem que essa atitude signifique descumprimento do comando legal. (ADI nº 4296, p. 46-47)

No entanto, a nova redação dada pela Lei nº 12.016/09 condiciona a concessão de liminar em mandado de segurança coletivo à obrigatória oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público.

Atentando para o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa a medida deve ser tida com cautela, mas engessar a concessão de liminar só depois da oitiva é esvaziar, em determinadas situações, a finalidade do instituto.

Percebe-se que o prazo de 72 (setenta e duas) horas concedido para a resposta da parte contrária, como previsto no dispositivo, em alguns casos, pode revelar-se tempo suficiente para a ineficácia do provimento jurisdicional devido o perecimento do direito, como por exemplo, nos casos de dano ao meio ambiente. (ADI nº 4296, p. 48)

A restrição imposta pela expressão "só poderá", contida no §2º do art. 22 do novo regramento mandamental, retira do julgador a possibilidade de salvaguardar as situações de perecimento de direito, violando de forma flagrante a separação dos poderes esculpida no art. 2º da Carta Republicana.

De idêntica forma, reduz o acesso à jurisdição por condicionar uma medida acautelatória à oitiva da parte contrária, violando o art.5º, XXXV da Constituição e por limitar de forma infraconstitucional a efetividade do *mandamus* coletivo, infringindo o inciso LXX do mesmo artigo.

⁵⁰ PET 2.066 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 28.02.2003.

Na exordial da ADI nº4296 (p. 49), requer a OAB a inconstitucionalidade da expressão “só poderá”, razão pela qual defende a suspensão da sua eficácia.

Não encontra motivação no presente trabalho a discussão sobre a técnica utilizada na inicial da ADI nº 4296, mas compartilhamos do entendimento da Procuradoria Geral da República, no sentido de não prosseguimento da ação nesse ponto, pois apenas se declara a inconstitucionalidade de dispositivo ou de ato normativo, e não de palavras ou expressões⁵¹.

Tomando como base todos os argumentos aqui já expostos sobre a limitação de concessão de liminares, entendemos que o condicionamento trazido pelo novo regramento com a expressão “só poderá”, permitindo a concessão de liminar em sede de segurança coletiva apenas após a necessária oitiva do representante da pessoa jurídica, é incompatível com o texto constitucional.

O dispositivo condiciona a máxima efetividade da prestação jurisdicional em sede de segurança, vinculando a concessão de liminar, direito subjetivo do impetrante, desde que preenchidos os seus pressupostos, à manifestação da parte contrária. Nesse sentido limita o acesso à jurisdição violando o art. 5º, XXXV da Carta Republicana.

A concessão de liminar em alguns casos, sem a oitiva da parte contrária, não desrespeita o princípio constitucional do contraditório nem da ampla defesa, pois tais direitos não são negados, apenas postergados pela necessidade de ação imediata do juízo sob pena de perecimento do direito protegido.

Entendemos ser plausível, a depender do caso concreto, que o magistrado ouça a parte contrária antes de deferir a liminar; o que não se concebe é a obrigatoriedade da oitiva prévia, engessando a atuação do judiciário, retirando do magistrado sua liberdade de ação para uma prestação jurisdicional mais efetiva.

A obrigatoriedade limita a garantia constitucional da segurança, bem como a finalidade, em determinados casos, da medida cautelar; restringe o acesso à justiça e retira do Poder Judiciário sua liberdade de ação na prestação jurisdicional, interferindo de forma direta em sua função típica, violando de forma incisiva o art. 2º e o art. 5º, XXXV e LXX da Constituição.

⁵¹ Art. 3º, I, da lei 9.868/99: “A petição indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;”

Dispondo sobre o tema, Greco Filho (2010, p. 60) assevera que a prévia audiência poderá deixar de ocorrer se a liminar for imprescindível à efetividade da segurança, que não pode ser restringida de forma obstativa por lei ordinária.

4.5 Art. 23 – Do prazo decadencial

O art. 23 da Lei nº 12.016 traz uma limitação temporal de 120 dias à impetração da segurança, do momento da ciência do ato, pelo interessado.

Art. 23. “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

Mesmo estando em conformidade com a Súmula 632⁵² do STF, o Conselho Federal da OAB, nas razões apresentadas na inicial da ADI nº 4296, argumentou que não compete ao legislador estabelecer restrições à garantia constitucional do mandando de segurança, mesmo que seja esta de natureza temporal.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³ diz que mandado de segurança não é norma restringível, mas “norma imediatamente fruível e exigível, conferidora de poder-direito ou direito em sentido estrito, insuscetível de restrição.”

Nesse entender, haveria incompatibilidade com os incisos XXXV e LXIX, do art. 5º da Constituição, por restringir o acesso à justiça e por imitar garantia fundamental, respectivamente, fato que tornaria o art. 23 da Lei nº 12.016/09 inconstitucional.

O tema em questão já foi submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal⁵⁴, o qual foi questionado sobre a constitucionalidade de lei ordinária que estabelece limite temporal para o mandado de segurança, quando o texto constitucional não o fazia.

O STF tem entendido pacífico na atualidade, consolidado na Súmula 632, como sendo compatível com a ordem constitucional a fixação de prazo decadencial

⁵² Súmula 632 do STF: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.”

⁵³ Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais, Malheiros, 2009, p.25.

⁵⁴ MS 21.356, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ. 18.10.1991.

tendo em vista que se fixem condições para seu exercício, desde que não se verifique sua inutilização ou descaracterização (Mendes, 2009, p. 565).

Pelas razões expostas e por não haver descaracterização da função do mandado de segurança, apenas uma imposição processual temporal para sua impetração, não entendemos como inconstitucional tal previsão.

4.6 Art. 25 – exclusão dos honorários advocatícios

O art. 25 positivou no texto da lei entendimento jurisprudencial já consolidado nos Tribunais Superiores através da Súmula 512⁵⁵ do STF e da Súmula 105⁵⁶ do STJ, no que se refere a não condenação ao pagamento de honorários advocatícios:

Art. 25. “**Não cabem**, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a **condenação ao pagamento dos honorários advocatícios**, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.” (grifo nosso)

Até a edição da nova lei do mandado de segurança, referida exclusão não constava em nenhum diploma legal (em sentido formal e material) do ordenamento jurídico, tratando-se apenas de posicionamento jurisprudencial não vinculante.

Por outro lado, a previsão da condenação ao vencido em demanda judicial ao pagamento dos honorários sucumbenciais encontra dicção no art. 20 do Código de Processo Civil, bem como nos arts. 22 e 23 do Estatuto da Advocacia e da OAB e fundamento constitucional no art. 133 da Constituição.

Todavia, as súmulas citadas contrariavam tais dispositivos legais, desconsiderando o caráter pedagógico da condenação da sucumbência.

O STF, no julgamento da ADI nº 1.194/DF⁵⁷, firmou entendimento que a percepção de honorários advocatícios de sucumbência destina-se aos advogados

⁵⁵ Súmula 512 do STF: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.”

⁵⁶ Súmula 105 do STJ: “Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.”

⁵⁷ ADI 1.194/DF, Rel. Min. Maurício Correa, Pleno, DJ. 11.09.2009.

EMENTA: (...)

4. “O art. 21 e seu parágrafo único da Lei n. 8.906/1994 deve ser interpretado no sentido da preservação da liberdade contratual quanto à destinação dos honorários de sucumbência fixados judicialmente.

autores de teses vencedoras em determinada causa e que estes podem dispor desse direito mediante cláusula contratual. O acórdão referia-se a advogados públicos ou àqueles empregados em empresas privadas, embora se tratar de prerrogativa de todo advogado.

Relevante é a transcrição de parte do voto do Ministro Celso de Mello na ADI em questão, que diz "(...) concluo que os honorários, no caso de sucumbência, são um direito do advogado, mas que pode haver estipulação em contrário pelos contratantes". (ADI nº 4296, p. 52)

É indiscutível a importância do advogado na utilização do mandado de segurança para a defesa dos direitos fundamentais, contra atos do poder público, tendo em vista ser esse profissional o mais capacitado para o emprego das técnicas adequadas na proteção e efetivação dos mesmos, consolidando a sua máxima efetividade.

O art. 25 da Lei nº 12.016/09 tende a desmerecer o trabalho do advogado em caso de mandado de segurança, afrontando o art. 133⁵⁸ da Constituição; uma vez que se faz necessária sua atuação em sede de segurança e esta, por sua vez, vincula-se ao recebimento de honorários, que é a sua remuneração.

Pelas razões até então apresentadas, podemos concluir que é indispensável a atuação do advogado na proteção de direitos pela via do mandado de segurança, sendo este, quando vencedor, merecedor de honorários sucumbenciais, mas que o entendimento jurisprudencial veda tal percepção.

Acrescenta-se a esses argumentos a natureza alimentar conferida aos honorários advocatícios, quando o Ministro Marco Aurélio se pronunciou como relator do RE nº 470.407/DF⁵⁹, garantindo sua preferência de pagamento dos créditos junto à Fazenda Pública nos moldes do art. 100 da Constituição⁶⁰.

Argumento relevante apresentado pelo Conselho Federal da OAB expõe que a valorização do trabalho do advogado passa pela fixação da sucumbência, que tem caráter pedagógico e impeditivo de aventuras jurídicas que incham o judiciário.

5. Pela interpretação conforme conferida ao art. 21 e seu parágrafo único, declara-se inconstitucional o § 3º do art. 24 da Lei n. 8.906/1994, segundo o qual "é nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência".

⁵⁸ Art. 133. "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."

⁵⁹ RE nº 470.407/DF, Primeira Turma, relator Ministro Marco Aurélio, DJ. 13.10.2006, p.51.

⁶⁰ Sistema de precatórios.

Afirma ainda ser o Poder Público o maior demandante em todos os tribunais do país e conclui que, se viola direito líquido e certo do cidadão, este terá que contar com advogado para reparar o dano. Sendo deferida a tutela ao cidadão e sucumbente a administração qual a razão para esta não arcar com as consequências da mesma. (ADI nº 4296, p.54)

Os que defendem a compatibilidade da vedação, imposta pelo dispositivo em comento, com o texto constitucional, argumentam que o legislador incorporou à lei entendimento jurisprudencial já sedimentado em súmulas e que o mandado de segurança, na qualidade de garantia constitucional, requer a maior acessibilidade jurisdicional possível. Ressaltam que não há no texto constitucional, nem de forma reflexa, a previsão ao pagamento de honorários de sucumbência, por essa razão não há de ser declarada inconstitucional. Nesse entender, manifestou-se a Procuradoria Geral da República.⁶¹

Sucumbência é a situação em que uma das partes, em processo judicial, não conseguiu, por meio de sua tese, demonstrar ao magistrado que seu direito deveria prevalecer sobre o da parte contrária, ou seja, é aquele que tem sua pretensão rejeitada, tendo contra si uma sentença judicial.

A sucumbência evoluiu de uma simples atividade judicial abusiva baseada na culpa, o que hoje conhecemos por litigância de má-fé, para o princípio da sucumbência baseado no risco, ficando sujeito ao pagamento dos encargos processuais pelo simples fato de ser vencido em demanda judicial.

Esse entender faz com que a parte que deu causa à demanda (parte perdedora ou sucumbente) arque com todos os encargos que a parte contrária, vencedora, teve para obter seu direito normalizado; dentre estes, os honorários advocatícios⁶².

Nesse sentido, adota-se como regra geral o princípio da sucumbência, o qual se fundamenta na necessidade de se restaurar integralmente o direito do vencedor na demanda, na tentativa de restabelecer o *status quo ante*.

Havendo uma resistência à pretensão do autor e consequente definição de parte vencida e vencedora, deverá existir sucumbência e os encargos decorrentes

⁶¹ Parecer da PGR na ADI nº 4296, p. 15.

⁶² Art. 20 do CPC "A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria."

dela. Por isso, não há condenação na jurisdição voluntária nem na ação de usucapião, quando não resistida.

Analisando as razões do RE nº 61.097/SP⁶³, de 12 de setembro de 1968, que culminou com a edição da Súmula 512 pelo STF, percebemos que as razões alegadas pela recorrente para a não aplicação do princípio da sucumbência ao mandado de segurança são as de que o mandado de segurança não constitui uma ação, por não existir réu, nem condenação no sentido formal ou processual, sustentando ainda a íntima relação do *writ* com o *habeas corpus*.

O voto do relator concedendo o pagamento de honorários sucumbenciais em mandado de segurança não foi acompanhado pela maioria, que entendeu ser o mandado de segurança uma lei especial, descabendo a aplicação da lei processual civil; não haver, a rigor, presença de autor e réu; existir similitude com o *habeas corpus*, no qual não há sucumbência.

Com a Constituição de 1988 a competência para a matéria passa a ser do Superior Tribunal de Justiça que, na análise dos Embargos de Divergência nº 880-2/RS⁶⁴, seguiu a mesma orientação jurisprudencial do STF, pacificando o tema na Súmula 105.

A doutrina, em sua grande maioria, saiu ao ataque das súmulas tendo em vista ambas apresentarem os mesmo fundamentos, como se exemplifica nas palavras de Meirelles (2008, p. 103), que afirma que desde o momento em que o mandado de segurança é uma ação civil, impõe-se a condenação do vencido em honorários. Assim não se importando ser um rito especial, mesmo porque em outros ritos especiais o princípio da sucumbência é aplicado. Não vê razão para a exclusão dessas verbas pela jurisprudência dominante (súmulas. 512 do STF e 105 do STJ).

A questão a ser discutida é se caberão os argumentos levantados pelo STF e seguidos pelo STJ no tocante a retirar a aplicação do princípio da sucumbência em sede de segurança.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de honorários em mandado de segurança. Recurso Extraordinário nº 61.097. Fazenda do Estado e Açúcar e Alcool São Luiz S. A. Relator: Ministro Amaral Santos. 12 de setembro de 1968. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 51, p. 805-816, mar. 1970.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de honorários advocatícios em mandado de segurança. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 880-2/RS. Estado do Rio Grande do Sul e Rocilda Rodrigues Chaves. Relator: Ministro José Dantas. 23 de setembro de 1993. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 70, p. 67-97, jun. 1995.

Como já mencionado no decorrer desse trabalho, o mandado de segurança é ação de natureza constitucional, em cujo polo ativo figura a pessoa com direito lesado e no polo passivo a autoridade que cometeu o ato. Portanto ao seu final serão declarados o vencedor e o vencido.

Sabe-se que o mandado de segurança é ação similar ao *habeas corpus* e que neste não há condenação de honorários, mas também é verdade que o *habeas corpus* trata de matéria penal, enquanto o mandado de segurança é ação cível.

Entendemos, por tudo o que foi exposto, que não poderá o poder público, violador de direito líquido e certo do cidadão, dando causa à busca pela jurisdição, por meio de um advogado para a solução do problema, não arcar com o pagamento dos honorários quando sucumbente.

Pelo atual regramento, estabelecido pelo art. 25 da Lei 12.016/09, não há total estabelecimento do *status quo ante*, tendo em vista que mesmo sendo declarado que o poder público violou de forma abusiva ou ilegal o direito do cidadão, este terá uma redução patrimonial por arcar com o pagamento do seu patrono.

Levando-se em consideração que o posicionamento jurisprudencial consolidado é anterior ao atual texto constitucional, e nele foi baseado o novo regramento, posicionamo-nos pela inconstitucionalidade do artigo por afrontar o art.133 da Constituição.

5 ADI nº 4403 - Do § 2º do art. 14 – capacidade recursal da autoridade coatora

O dispositivo ora discutido foi questionado, quanto à sua constitucionalidade, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4403 proposta pelo Conselho Federal da OAB junto ao STF, no dia 29 de março de 2010.

Foi solicitado pelo Conselho que a exordial fosse distribuída por prevenção, conforme regra do art. 77-B⁶⁵ do regimento interno do STF, ao Min. Marco Aurélio, por tratar-se a presente matéria, objeto de impugnação, da mesma que trata a ADI nº 4296. Ao receber a inicial, o Ministro Ricardo Lewandowski submeteu o pedido de prevenção à Presidência do Tribunal que apesar da regra do art. 77-B, indeferiu o

⁶⁵ Art. 77-B.1 “Na ação direta de inconstitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aplica-se a regra de distribuição por prevenção quando haja coincidência total ou parcial de objetos.”

pedido, passando a tramitar pelo Supremo duas Ações Diretas de Inconstitucionalidades referentes à Lei nº 12.016/09, com dois relatores distintos.

O § 2º, art. 14 atribui capacidade postulatória à autoridade coatora, usurpando função indispensável do advogado, conforme art. 133 da Constituição Federal. Vejamos:

Art. 14. " Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

§ 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial." **(destaque nosso)**

A referida previsão permite que pessoa física, autoridade coatora, possa, sem qualquer formação jurídica e na maioria das vezes sem capacidade postulatória nem sem inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, postular em juízo recurso contra a sentença proferida na ação mandamental.

A inovação legislativa trazida pelo novo regramento não se trata da previsão do chamado "*jus postulandi*"⁶⁶ no rito da ação mandamental, mas da possibilidade da autoridade coatora, sozinha, interpor recurso de apelação contra sentença concessiva de mandado.

Nas palavras de Vicente Greco Filho (2010, p.40-41), também utilizadas na fundamentação da ADI nº 4403, observa-se posicionamento de estranheza à regra pela doutrina:

"(...)

Regra estranha é a constante do § 2º do artigo comentado. O entendimento anterior unânime na doutrina e na jurisprudência era o de que a autoridade coatora não podia recorrer, por falta de legitimidade, extinta com a apresentação das informações. Salvo estas, nenhum ato processual pode ser praticado por quem não tenha capacidade processual postulatória. Essa regra, de ordem geral, não foi revogada, de modo que, nos termos do dispositivo

⁶⁶ Facultado ao particular nos juizados especiais, juízo de paz e na Justiça do Trabalho.

vigente, se a autoridade pretender recorrer deve fazê-lo por intermédio de advogado, o que é no mínimo estranho, mas é impossível afastar a exigência, eis que a apelação é ato processual formal e técnico que somente o advogado tem capacidade para apresentar, representando a parte legitimada. Sempre teve capacidade processual postulatória a representação judicial da pessoa jurídica, decorrente da lei, como nos casos da Advocacia Geral da União, Procuradorias Gerais Estaduais ou Municipais, ou decorrente do mandato nos demais casos, e legitimidade, a pessoa jurídica a que pertence a autoridade impetrada. Se o § 2º atribuiu à autoridade a legitimidade para recorrer, não excepcionou a questão da capacidade que exige a atuação de advogado. (...)"

Pelo regramento anterior, assim como no atual, cabe à autoridade prestar informações no prazo de 10 dias e cumprir as decisões judiciais, podendo ser obrigada a arcar de forma regressiva com o prejuízo causado pelo seu ato, daí seu interesse na modificação da decisão, mas em momento algum era legitimada a recorrer⁶⁷.

Sem causar qualquer estranheza, a autoridade coatora poderia na qualidade de terceiro prejudicado auxiliar no recurso como assistente da pessoa jurídica de direito público, conforme a regra do art. 499⁶⁸, do CPC, desde que demonstrasse interesse jurídico na modificação da sentença ou da decisão impugnada.

O dispositivo questionado cria uma legitimidade recursal especial para a autoridade coatora, pessoa não inscrita na OAB, que extrai do advogado sua função essencial à justiça, sendo incompatível com o art. 133 da Carta Republicana, assim como contraria posicionamento da Suprema Corte⁶⁹.

⁶⁷ "A autoridade coatora, apesar de ser parte no Mandado de Segurança, figurando no polo passivo da relação processual, não possui legitimidade para recorrer, devendo, somente, prestar informações no prazo de 10 (dez) dias e cumprir o que for determinado na liminar ou sentença. A legitimidade recursal é da pessoa jurídica de direito público interessada, pois é ela quem suportará os efeitos patrimoniais da decisão final. 5. Precedentes do Supremo Tribunal Federal nos REs nº 97.282-PA e 105.731-RO e deste Superior Tribunal de Justiça nos REsp nºs 133.083-CE, 86.030-AM e na PET nº 321-BA" (STJ, REsp 171.514-MG, d.j. 13/06/00, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU 28/08/00).

⁶⁸ Art. 499. "O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público."

⁶⁹ EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PARA INTERPOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade ou o órgão tido como coator, é o sujeito passivo do mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para recorrer da decisão que defere a ordem. Agravo regimental improvido. (RE 233319 AgR / PB. Min. Rel. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 12-09-2003)

De forma alternativa, poderá o Egrégio Tribunal dar ao dispositivo interpretação conforme a Constituição, ou declará-lo inconstitucional sem redução de texto, buscando sentido que melhor se coadune com o art. 133 do seu texto, de modo a fixar o entendimento de que a regra não tornou o advogado dispensável à administração da justiça, descabendo a interposição de recurso sem a subscrição de profissional da advocacia.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes⁷⁰, explica-se a diferença entre a interpretação conforme a Constituição e a inconstitucionalidade sem redução de texto, a saber:

“(…)

Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme a Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

“(…)”

No momento da confecção desse trabalho, ainda não havia sido juntado ao processo o parecer da Procuradoria Geral da União.

O mandado de segurança é uma ação que corre por um rito especial e, por isso, apresenta determinadas particularidades com relação ao rito ordinário habitualmente conhecido da prática forense.

A autoridade coatora é aquela responsável pelo ato impugnado e contra ele deverá ser impetrado a segurança.

Sua participação no processo limitava-se à prestação de informações sobre o ato combatido, não apresentando capacidade para recorrer; apenas podendo atuar como assistente do representante da pessoa jurídica interessada, quando demonstrar prejuízo jurídico.

Nesse sentido foi o entendimento unânime da 1ª Turma do STF no julgamento do RE nº 97.282-9/PA, DJU 24.9.82, citado por Meirelles (2008, p. 112):

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5º ed. Saraiva: p. 275.

“Em tema de mandado de segurança, o coator é notificado para prestar informações. Prestadas estas, sua intervenção cessa. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do *mandamus*. A legitimidade cabe ao representante da pessoa jurídica interessada.”

O recurso é peça processual que apresenta aplicabilidade e técnica específica, sendo de conhecimento e competência do advogado seu manuseio no exercício de função essencial à Justiça (art. 133 da CF/88). Não pode ser atribuída capacidade recursal a quem não detém atributos técnicos para a sua utilização.

A falta de técnica da autoridade coatora para atos processuais é revelada pela própria Lei nº 12.016/09 quando a ela atribui apenas a faculdade de prestar informações; sendo a contestação, peça processual de técnica específica, apresentada pelo advogado (procuradoria) da pessoa jurídica de direito público⁷¹.

Por tais razões entendemos que o § 2º do art. 14 da Lei nº 12.016/09 afronta o art. 133 da Constituição por extrair do advogado função essencial à justiça, bem como por afrontar o inciso XIII, do art 5º, tendo em vista que recorrer de sentença no âmbito judicial consiste em atividade inerente à advocacia, necessitando para tanto de qualificação profissional; que, em regra, não é apresentada pela autoridade coatora.

⁷¹ Apresentando apertadas diferenças entre as informações prestadas pela autoridade e a contestação oferecida pela procuradoria, Eduardo Sodré (2010, p. 144) explica: a) as informações são assinadas pela autoridade coatora e não por advogado, tendo em vista aquela não possuir capacidade postulatória; b) o não oferecimento das informações não gera revelia, apenas sanções civis, penais e administrativas; c) as informações, por ser um ato administrativo, gozam de presunção de veracidade, fato que não ocorre com a contestação; d) o prazo das informações é impróprio, ao tempo que o da contestação é próprio.

6 Considerações finais

O mandado de segurança surge de forma originária no ordenamento jurídico brasileiro pela necessidade de proteção aos direitos desamparados em virtude da restrição sofrida pela doutrina brasileira do *habeas corpus*. Passou a fazer parte do elenco dos direitos fundamentais a partir da constituição de 1934, estando ausente apenas no texto constitucional de 1937.

Ação constitucional para a defesa de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra ilegalidades e abusos de autoridade pública, tem o mandado de segurança a missão de efetivar os direitos fundamentais fomentando a dignidade da pessoa humana.

Seu novo diploma regulador, Lei nº 12.016/09, agrupou, de forma inovadora, as normas relativas à segurança consolidadas até aquele momento no ordenamento brasileiro. No entanto, como discutido nesse trabalho e questionado em duas ações diretas de inconstitucionalidade, apresenta dispositivos com compatibilidade questionável quanto ao atual texto constitucional.

O legislador ordinário cria uma restrição ao mandado de segurança, não constante no texto constitucional, ao proibir a aplicação da segurança contra atos de gestão praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público. Nesse sentido, limita o acesso à justiça, interferindo na independência do Poder Judiciário de conhecer e aplicar o direito, isto por meio de uma limitação de comando constitucional, promovido por lei ordinária, o que afronta sobremaneira a supremacia da Constituição.

De forma inovadora o legislador cria a possibilidade de exigência de contraprestação por meio de caução, fiança ou depósito para a concessão de liminar em mandado de segurança, relegando o direito subjetivo do impetrante à medida, quando presentes os seus pressupostos. Em mais um dispositivo o legislador promove alteração, frente ao texto constitucional, de forma a limitar a capacidade postulatória aos mais dotados financeiramente, afrontando o princípio constitucional do acesso à jurisdição; entretanto não interfere na atividade do Poder Judiciário na efetiva prestação jurisdicional, tendo em vista o comando normativo externar uma

faculdade para o magistrado e não uma obrigação. Contudo, entendemos desnecessário tal comando, frente à existência do poder geral de cautela do juiz.

Na mesma esteira de raciocínio, segue a vedação de concessão de liminar para compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Percebemos não só a limitação à garantia constitucional e interferência na prestação jurisdicional, mas a discriminação dos servidores públicos perante a lei, ferindo de forma acintosa o princípio da isonomia; não obstante as referidas vedações serem provenientes de leis anteriores ao atual texto constitucional.

No que tange ao dispositivo que regulamenta a oitiva prévia da pessoa jurídica de direito público para a concessão de segurança coletiva, a inserção da expressão "só poderá" em face da expressão "após" prevista no regramento anterior cria uma obrigatoriedade que limita a segurança liminar, afrontando o texto constitucional nos termos acima expostos.

A limitação temporal de cento e vinte dias, após a ciência do ato impugnado, para interposição do mandado de segurança, imposta pela nova lei, não retira a eficácia da segurança, nem descaracteriza o instituto, fixando apenas prazo processual para o exercício do direito. Nesse sentir, corroborando com o entendimento sumulado dos Tribunais Superiores, não vislumbramos qualquer incompatibilidade da regra com o texto constitucional.

Encontra-se estampado no texto constitucional que a advocacia é função essencial à atividade jurisdicional, não sendo possível, em regra, manejar mandado de segurança sem a presença de um patrono inscrito nos quadros da OAB. Por referida essencialidade é que os honorários sucumbências são a ele devidos em razão da relevante prestação do serviço, assumindo qualificação alimentar de crédito. A não concessão de honorários sucumbências, em sede de mandado de segurança, afronta a previsão constitucional, assim como, o entendimento sumulado a esse respeito que foi firmado em momento anterior ao texto constitucional de 1988 e o conceito que hoje se tem sobre mandado de segurança.

Outra situação imposta pela nova lei, que vai de encontro a importância do advogado para a administração da justiça, prevista constitucionalmente, é a atribuição de capacidade recursal à autoridade coatora, tendo em vista que recorrer de sentença no âmbito judicial é atividade inerente à advocacia.

Por essas razões, terá o STF a missão, quando do julgamento das ADIs nº 4296 e nº 4403, de compatibilizar a Lei nº 12.016/09 ao atual texto constitucional, devolvendo a máxima efetividade ao mandado de segurança, assim como de corrigir a interferência na prestação jurisdicional para que possa o Poder Judiciário preservar o livre acesso à justiça como meio de garantia da dignidade da pessoa humana.

7 REFERÊNCIAS.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____, **Lei nº 1.533/1951**. Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Brasília, DF, 1951. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm>. Acesso em 12 jul. 2011.

_____, **Lei nº 12.016/2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em 12 jul. 2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4296**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil- OAB. Requerido(s): Presidente da República, Câmara dos Deputados, Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4296&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 12 jul. 2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4403**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil- OAB. Requerido(s): Presidente da República, Câmara dos Deputados, Senado Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4403&processo=4403>>. Acesso em 12 jul. 2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. **AGU - Manifestação na ADI nº 4296 - PG nº 139359/2009**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil- OAB. Requerido(s): Presidente da República, Câmara dos Deputados, Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3755382>>. Acesso em 21 nov. 2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. **PGR - Manifestação na ADI nº 4296 - PG nº 29056/2011**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil- OAB. Requerido(s): Presidente da República, Câmara dos Deputados, Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3755382>>. Acesso em 21 nov. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves . **Princípios Fundamentais de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

FÖPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Habeas Corpus. In: DIDIER JR. Fredie et al. **Ações Constitucionais**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

LIMA, Ismael de Souza. **A Nova Lei do Mandado de Segurança: possíveis inconstitucionalidades**. Disponível em: <<http://www.ceut.com.br/revistadireito/arquivos/tcc%20-%20ismaellima.pdf>>. Acesso em 7 set. 2011.

MEDINA, José Miguel; ARAÚJO, Fábio Caldas de; **Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; outros. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança - Ação Popular - Ação Civil Publica - Mandado de Injunção - 'Habeas Data'** – 31ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros. 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Mandado Coletivo: Lei transformou partidos em meras associações**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-23/lei-ms-coletivo-transformou-partidos-meras-associacoes-classe>>. Acesso em 26 out. 2011.

NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2006.

OTERO, Ronaldo Wolmar Machado. **Honorários advocatícios em mandado de segurança**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 609, 9 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6426>>. Acesso em: 6 nov. 2011.

SIDOU, J. M. Othon. **Do mandado de segurança**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de Segurança. In: DIDIER JR. Fredie et al. **Ações Constitucionais**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança**: Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/160190/1/Doutrina_habbeas_corpus_177.pdf> Acesso em: 07 set. 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

KLEIN, Aline Lícia. **Mandado de segurança contra omissão e contra ato de gestão**. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 30, agosto 2009, disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=30&artigo=429>> . Acesso em 02 nov. 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre as ações constitucionais e sua efetividade. In: DIDIER JR. Fredie et al. **Ações Constitucionais**. 4 ed. Salvador: Juspodivm. 2009.