

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Leonardo Simchen Trevisan

O MANDADO DE SEGURANÇA À LUZ DA LEI Nº 12.016/09

Porto Alegre

2012

Leonardo Simchen Trevisan

O MANDADO DE SEGURANÇA À LUZ DA LEI Nº 12.016/09

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Roberto Nuñez Padilla

Porto Alegre

2012

Leonardo Simchen Trevisan

O MANDADO DE SEGURANÇA À LUZ DA LEI Nº 12.016/09

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 18 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Luiz Roberto Nuñez Padilla - Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Prof. Klaus Cohen Koplin - Membro
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Prof. Handel Martins Dias – Membro
Centro Universitário Metodista - IPA

A Paulo e Cláudia, meus pais.
A Iara, minha avó.
A Danielle, minha namorada.
A Thomas e João, meus amigos.

“É somente lutando que obterás o teu direito.”
Rudolf von Jhering

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo do mandado de segurança, uma das garantias fundamentais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, principalmente no que diz respeito ao seu novo regramento através da Lei nº 12.016/09. Trata-se, em linhas gerais, de uma ação constitucional destinada a resguardar o direito líquido e certo do cidadão contra a atuação ilegal do Poder Público. Esta exposição abrange o perfil do instituto nos planos constitucional e infraconstitucional, a sua evolução no direito brasileiro, as condições da ação a ele inerentes, o seu objeto, as hipóteses nas quais é viável e nas quais é inviável a sua utilização, a relação processual com todas as suas especificidades e, por fim, uma das novidades da atual Constituição em matéria de proteção a direitos metaindividuais, o mandado de segurança coletivo.

Palavras-chave: mandado de segurança - ação constitucional - garantia fundamental – Poder Público - nova lei

ABSTRACT

This essay's object of study is the Writ of Security, one of the fundamental warranties present in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, focused on what is related to its new ruling through the Law number 12,016/09. In general, it refers to a constitutional act intended to save the legal essential right of the citizen against the illegal action of the government. This work covers the profile of the institute in both legal and constitutional plans, its evolution in the Brazilian rights, the conditions where it is applicable, covers itself, the hypothesis where its utilization is viable and those that are not, the procedural relation to all its specificities and lastly, a novelty of the current constitution regarding the protection of group rights, the Collective Writ of Security.

Keywords: writ of security - constitutional act - fundamental right - government - new law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 MANDADO DE SEGURANÇA: CONCEITO.....	12
2 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO.....	21
3 CONDIÇÕES DA AÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA.....	29
3.1 LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO.....	29
3.2 LEGITIMAÇÃO.....	33
3.2.1 Legitimação ativa.....	33
3.2.2 Legitimação passiva.....	35
3.3 INTERESSE DE AGIR.....	37
4 OBJETO E HIPÓTESES DE CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA.....	39
4.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM FACE DE OUTRAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	40
4.2 MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO E REPRESSIVO.....	42
4.3 ATO DE AUTORIDADE.....	43
4.4 CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA.....	45
4.5 O CASO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL.....	51
5 RELAÇÃO PROCESSUAL NO MANDADO DE SEGURANÇA.....	56
5.1 PRAZO PARA IMPETRAÇÃO.....	56
5.2 COMPETÊNCIA.....	59
5.3 PARTES.....	60
5.4 PETIÇÃO INICIAL.....	63
5.5 LIMINAR E SUSPENSÃO.....	67
5.6 NOTIFICAÇÃO E INFORMAÇÕES.....	75
5.7 MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	78
5.8 SENTENÇA.....	79
5.9 EXECUÇÃO.....	81

5.10 RECURSOS.....	84
5.11 COISA JULGADA.....	88
6 O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E SUAS PECULIARIDADES.....	90
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100

INTRODUÇÃO

Uma das mais importantes ações constitucionais brasileiras, o mandado de segurança, passou recentemente por uma considerável transformação. Seu regramento foi alterado através da Lei nº 12.016/09, que veio a substituir a Lei nº 1.533/51, o diploma legal que deu ao referido instituto o seu perfil, no plano infraconstitucional, por mais de meio século. A análise do mandado de segurança é o objeto do presente trabalho, mormente no que tange à conformação dada a ele pela Lei nº 12.016/09.

A cada dia que passa, aumenta o número de demandas que chegam ao Judiciário, a maioria tendo o Poder Público como parte passiva. Isso denota o desprezo – infelizmente, cada vez maior - com que o Estado, em sentido amplo, vem encarando os direitos individuais. Atingidos em sua esfera jurídica pelos desmandos e pela prepotência do poder estatal, os cidadãos veem-se na contingência de recorrer ao Judiciário para que possam ter seus direitos resguardados. E, aqui, o mandado de segurança assume um relevo especial: constitui ele uma das mais importantes garantias postas à disposição do cidadão para a defesa de seus direitos contra as arbitrariedades levadas a cabo pelo Poder Público. Pensamos não ser necessário dizer mais para justificar a relevância do tema.

A metodologia utilizada será a dedutiva, consistindo em pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Quanto à estrutura, o presente trabalho será dividido em seis capítulos.

O capítulo 1 será dedicado à exposição conceitual do mandado de segurança. Para tanto, adotar-se-á um conceito doutrinário que, a seguir, será destrinchado em cada uma de suas partes, as quais passarão a ser analisadas separadamente. Dar-se-á, nesse capítulo, uma ênfase especial sobre a importância da concepção do mandado de segurança como garantia constitucional. Além disso, o capítulo funcionará como uma espécie de microcosmo do trabalho; vários conceitos que nele serão mencionados apenas brevemente virão a ser tratados de forma mais aprofundada nos capítulos seguintes.

O capítulo 2 será dedicado ao estudo da história do mandado de segurança no direito brasileiro. Proceder-se-á à análise das primeiras alternativas formuladas para a defesa do cidadão contra os abusos do Poder Público (como a teoria da posse de direitos pessoais e a ampliação do campo de abrangência do *habeas corpus*), das discussões que resultaram no surgimento do mandado de segurança, da sua positivação através da Constituição de 1934 e do tratamento dado ao instituto pelas constituições posteriores e pela legislação infraconstitucional que dele se ocupou, até chegarmos na Constituição de 1988 e na Lei nº

12.016/09. Serão citados, nas notas de rodapé, os dispositivos legais e constitucionais de maior relevância.

O capítulo 3 será dedicado às condições da ação peculiares ao mandado de segurança. Adotar-se-á, para tanto, a classificação de Celso Agrícola Barbi, que as divide em liquidez e certeza do direito, legitimação e interesse de agir. Será dada especial ênfase ao conceito de direito líquido e certo, devido à sua importância central no estudo do mandado de segurança, e ao problema da legitimação passiva, se ela pertence à autoridade coatora ou à pessoa jurídica de direito público a que essa autoridade está subordinada, questão altamente controversa.

O capítulo 4 será dedicado à análise do objeto e das hipóteses de cabimento do mandado de segurança. Para tanto, o primeiro passo consistirá em delimitar o objeto do mandado de segurança frente a outras ações constitucionais, quais sejam, o *habeas corpus*, o *habeas data* e a ação popular. Será, a seguir, estudada a distinção entre mandado de segurança preventivo e repressivo, com as contingências inerentes a cada uma dessas espécies. Na sequência, a análise recairá sobre o próprio ato que enseja a impetração do mandado de segurança e sobre a caracterização da figura da autoridade coatora. Tratar-se-á, após, das hipóteses de cabimento da medida, dando-se um relevo especial para o controverso mandado de segurança contra ato judicial.

O capítulo 5 será dedicado à análise da relação processual no mandado de segurança. Toda a parte processual do instituto será abordada: prazo para impetração, competência, partes, petição inicial, liminar, suspensão, notificação, informações, manifestação do Ministério Público, sentença, execução, recursos e coisa julgada. Predominará a análise legislativa, e não tanto a pesquisa doutrinária, a tônica dos capítulos anteriores.

O capítulo 6 será dedicado ao mandado de segurança coletivo. Analisar-se-á o perfil constitucional dessa garantia, os legitimados, o objeto e as peculiaridades da medida no tocante ao procedimento, à litispendência e à coisa julgada. Serão postas em confronto opiniões que tendem a ampliar a garantia e outras que buscam dar a ela uma interpretação mais restritiva.

Para encerrar esta introdução, uma importante observação de caráter terminológico. É possível encontrar, na doutrina e na jurisprudência, uma profusão de sinônimos para o instituto aqui tratado: remédio heroico, *writ of mandamus*, ação mandamental etc. Salvo melhor juízo, a atribuição desses nomes não levou em conta o rigor científico que deve pautar o trabalho do jurista, razão pela qual vamos evitá-los, procurando sempre fazer referência ao instituto pelo seu nome tecnicamente correto, isto é, mandado de segurança.

1 MANDADO DE SEGURANÇA: CONCEITO

O mandado de segurança é um instituto jurídico tipicamente nacional e um dos mais importantes meios previstos pelo ordenamento jurídico pátrio para a defesa do indivíduo (mandado de segurança individual) e de determinados grupos (mandado de segurança coletivo) contra os excessos do Poder Público. Constitui, ao mesmo tempo, uma via célere e eficiente para a defesa das garantias individuais e coletivas e um importantíssimo meio de controle judicial da atividade estatal, no amplo espectro de sua atuação.

No direito comparado, é possível encontrar figuras semelhantes, igualmente vocacionadas à proteção do particular contra os abusos do Poder Público, tais como o recurso por excesso de poder e o recurso de plena jurisdição na França,¹ os *writs* norte-americanos² e o *amparo* mexicano³ (esse último tendo sido expressamente mencionado nas discussões que deram origem ao mandado de segurança no Brasil). O mandado de segurança, todavia, guarda peculiaridades que não permitem relacioná-lo a qualquer instituto jurídico estrangeiro.

O saudoso publicista Hely Lopes Meirelles, em sua clássica obra sobre o tema, atualizada pelos notáveis juristas Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, estabeleceu o seguinte conceito para o instituto aqui tratado:

Mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; art. 1º da Lei n. 12.016, de 7.8.2009).⁴

Tomando por base o segundo preceito da lógica cartesiana - “dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas parcelas possíveis e que fossem necessárias para melhor resolvê-las”⁵ -, passamos doravante a analisar o conceito de Hely Lopes Meirelles em cada um dos elementos que o compõem.

Em primeiro lugar, o mandado de segurança é “meio constitucional”. Com efeito, o referido instituto encontra previsão constitucional, nos termos do art. 5º, inciso LXIX da Constituição da República Federativa do Brasil:

¹ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 05 *et seq.*

² *Ibidem*, p. 19 *et seq.*

³ *Ibidem*, p. 15 *et seq.*

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 27-29.

⁵ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Porto Alegre: L&PM, 2005, trad. de Paulo Neves. p. 55.

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:

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;⁶

No plano infraconstitucional, a matéria encontra-se atualmente regulada pela Lei nº 12.016/09. A redação do art. 1º da Lei nº 12.016/09 é semelhante à do dispositivo constitucional acima citado:

Art. 1º 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.

Por sua vez, a redação desse dispositivo legal guarda grande semelhança com a do art. 1º da Lei nº 1.533/51,⁷ que regulamentou o mandado de segurança até o advento da Lei nº 12.016/09.

O essencial é que, em face da previsão constante do art. 5º, inciso LXIX da CRFB, o mandado de segurança deve ser entendido como “remédio constitucional”. O eminente constitucionalista José Afonso da Silva assim define os remédios constitucionais:

A Constituição inclui entre as garantias individuais o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular, aos quais se vem dando, na doutrina e na jurisprudência, o nome de remédios de Direito Constitucional, ou remédios constitucionais, no sentido de meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação: são ações constitucionais.⁸

Tais remédios são, nas palavras do mesmo autor, espécies do gênero “garantias constitucionais”, definidas por ele como “imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de

⁶ Todas as referências legislativas incluídas no presente trabalho foram retiradas dos sítios eletrônicos do Planalto (www2.planalto.gov.br) e da Câmara dos Deputados (www2.camara.leg.br). Outrossim, todas as referências jurisprudenciais (súmulas e acórdãos) foram colhidas dos sítios do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br) e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (www.tjrs.jus.br).

⁷ “Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça.”

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 442.

violação, a reintegração dos direitos fundamentais.”⁹ Essas garantias, entretanto, não podem ser confundidas com os direitos que resguardam: “os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens.”¹⁰ As garantias constitucionais têm, nesse sentido, um caráter instrumental: são meios postos à disposição do titular de direitos fundamentais para a salvaguarda desses direitos.

Para que se possa ter a dimensão exata da importância da concepção do mandado de segurança como garantia constitucional fundamental, faz-se necessária uma breve incursão nos quadrantes da doutrina dos direitos fundamentais e da hermenêutica constitucional.

O jusfilósofo alemão Robert Alexy, em sua aclamada obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, defende o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. Para o célebre autor, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”¹¹ Alexy refere-se aos princípios como “mandamentos de otimização”, ou seja, normas cuja satisfação pode se dar em diferentes graus, mas às quais deve-se procurar conceder o maior alcance possível em seu conteúdo deontico, respeitados os limites fáticos e jurídicos. As regras, que constituem o outro tipo de norma, têm um caráter distinto: “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.”¹²

A teoria dos princípios de Alexy deve ser entendida a partir de sua estreita conexão com o princípio da proporcionalidade e com os seus três subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação (correspondência entre o meio empregado e a finalidade que se deseja alcançar) e a necessidade (escolha do meio menos gravoso) “decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”¹³, ao passo que a proporcionalidade em sentido estrito (necessidade de ponderação entre os princípios colidentes diante do caso concreto) “decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.”¹⁴

Ainda no âmbito da doutrina alemã, valiosos são os ensinamentos do constitucionalista Konrad Hesse. Ao tratar do problema da interpretação constitucional, o referido autor inclui,

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 189.

¹⁰ *Ibidem*, p. 412.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, trad. de Virgílio Afonso da Silva. p. 90.

¹² *Ibidem*, p. 91.

¹³ *Ibidem*, p. 118.

¹⁴ *Ibidem*, p. 117.

dentre os critérios de interpretação, o da “força normativa da Constituição”, segundo o qual “deve, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, ser dada a preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima.”¹⁵ Vale dizer, a interpretação das disposições constitucionais deve ser realizada de modo a maximizar sua eficácia.

No mesmo sentido é a lição do grande constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, que assim define o princípio da efetividade dos direitos fundamentais:

princípio mediante o qual se determina que, em caso de dúvida na esfera interpretativa, cabe a preferência àquela norma mais apta a desdobrar com maior intensidade a eficácia jurídica do direito fundamental. O princípio completa-se teoricamente, por outro lado, com a interpretação restritiva das limitações porventura impostas aos direitos fundamentais.¹⁶

Os conceitos acima referidos, oriundos da moderna teoria do direito público, são importantes para o presente estudo na medida em que apontam todos na mesma direção: os princípios constitucionais, especialmente os direitos e garantias fundamentais, devem ser interpretados de modo a proporcionar-lhes o máximo alcance (dentro dos limites do possível, evidentemente; entra aqui o papel do princípio da proporcionalidade). O mandado de segurança, como garantia fundamental que é, deve ser entendido dessa forma, ou seja, o intérprete deve sempre conferir ao instituto a mais ampla eficácia. A respeito, a doutrina dos ilustres processualistas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

a concepção do mandado de segurança como um direito fundamental vincula o Estado (aí pensado não só o Poder Executivo, mas também, e especialmente, o Judiciário e o Legislativo) a conferir a essa figura a maior eficácia possível. Elimina-se, com isso, a possibilidade de outorgar qualquer interpretação ao procedimento do mandado de segurança – não extraída diretamente do texto constitucional – que possa limitar, inviabilizar ou neutralizar seu uso em caso específico. Mais do que isso, torna-se inconstitucional qualquer negligência do Estado em conferir a este instrumento a mais ampla, irrestrita, eficaz e adequada aplicação. A garantia constitucional do mandado de segurança, então, exige do Estado proteção maximizada, impondo-lhe o dever de: *a*) criar leis que disciplinem seu procedimento de modo a torná-lo célere, amplamente acessível (subjéctiva e objetivamente), eficaz; e *b*) conferir, especialmente pelo Poder Judiciário, interpretação aos dispositivos que tratam do mandado de segurança, que seja sempre a mais favorável ao cabimento, à tramitação e à efetivação desse instrumento.¹⁷

O caráter constitucional do mandado de segurança tem, portanto, grande importância tanto do ponto de vista técnico-procedimental, sendo vedado ao Judiciário impor limitações

¹⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, trad. de Luís Afonso Heck. p. 68.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 609-610.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 237-238.

não previstas ao manejo desse instituto, quanto sob a ótica da política legislativa, sendo dever do Legislativo criar, no plano infraconstitucional, leis que deem ao mandado de segurança os contornos de uma garantia célere, acessível e eficaz. Prosseguem Marinoni e Arenhart:

Por esse prisma, mostram-se insustentáveis todas as interpretações – muito comuns no Judiciário – tendentes a amesquinhar o instituto em exame. Não se legitimam, assim, por exemplo, decisões que extinguem o mandado de segurança impetrado perante juízo incompetente (sem a remessa do feito ao órgão competente); que entendem inaplicável ao mandado de segurança a permissão de o magistrado invocar em sua decisão, para acolher o pedido, fundamento de direito distinto daquele apontado pelo autor da ação; ou que concluem pela impossibilidade da correção do polo passivo do mandado de segurança, impondo a sua extinção. As razões que sustentam essas conclusões são completamente inconciliáveis com a fundamentalidade do direito ao mandado de segurança.¹⁸

Os notáveis processualistas do Paraná trazem ao nosso conhecimento algumas consequências da concepção do mandado de segurança como garantia constitucional fundamental, consequências essas que, longe de estarem limitadas ao plano puramente teórico, se refletem no cotidiano dos operadores do direito. Outras há, entretanto; por exemplo, as controvérsias acerca da constitucionalidade do prazo decadencial de cento e vinte dias para a impetração. Essa questão será analisada com cuidado mais adiante, em uma seção específica do capítulo 5.

Prosseguindo na análise do conceito de Hely Lopes Meirelles, temos que o mandado de segurança é o meio constitucional “posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei”. Trata-se, aqui, da questão da legitimidade ativa, que será analisada com maior profundidade no capítulo 3, dedicado às condições da ação.

Por ora, o essencial é salientar que tanto pessoas (físicas e jurídicas) quanto entes despersonalizados (dentre os quais se incluem, na esfera pública, os órgãos com capacidade processual, “como as Chefias dos Executivos, as Presidências das Mesas dos Legislativos, os Fundos Financeiros, as Comissões Autônomas, as Agências Reguladoras, as Superintendências de Serviços”¹⁹ e, na esfera privada, as universalidades reconhecidas por lei, “como o espólio, a massa falida, o condomínio de apartamentos”²⁰) podem utilizar-se do mandado de segurança.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 238.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 29.

²⁰ *Ibidem*, p. 30.

A seguir, temos que o mandado de segurança serve “para a proteção de direito individual ou coletivo”. E, aqui, é necessário fazer a distinção entre mandado de segurança individual e mandado de segurança coletivo.

O mandado de segurança individual apresenta a feição clássica do instituto no direito brasileiro, na tradição das constituições anteriores do país. Encontra seu fundamento no já citado inciso LXIX do art. 5º da atual Carta, e visa, nas palavras de José Afonso da Silva, “proteger direito subjetivo individual líquido e certo [...]. Só o próprio titular desse direito tem legitimidade para impetrar o mandado de segurança individual”²¹. Em suma: o mandado de segurança individual é instrumento hábil a resguardar direito individual próprio do impetrante.

Por sua vez, o mandado de segurança coletivo é uma das inovações trazidas pela Constituição de 1988, que, no inciso LXX do seu art. 5º, assim estabelece:

Art. 5º [...]

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Esse dispositivo constitucional representou uma ampliação da garantia, que deixou de ser concebida apenas para a defesa de direitos subjetivos individuais e passou a abranger também interesses coletivos, uma das faces da preocupação da atual Constituição relativamente à proteção desses interesses. No plano infraconstitucional, a matéria também é regulada pela Lei nº 12.016/09, cujo artigo 21 possui a seguinte redação:

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.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, 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;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 446.

Dessa forma, pode-se dizer que o primeiro grande traço distintivo do mandado de segurança coletivo é a sua vocação à salvaguarda de direitos coletivos e individuais homogêneos. O segundo é a legitimação especial: somente podem valer-se dele partidos políticos com representação no Congresso Nacional e organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. O sexto capítulo do presente trabalho será inteiramente dedicado à análise das singularidades do mandado de segurança coletivo.

Na sequência, temos que o mandado de segurança busca proteger direito “líquido e certo”. A definição do que seja “direito líquido e certo” é um dos aspectos mais importantes do estudo do mandado de segurança; nas palavras do insigne Celso Agrícola Barbi, “aquele conceito é a pedra de toque, a chave de abóbada de todo o edifício.”²² Trata-se de uma expressão obscura que, há muito tempo, suscita controvérsias na doutrina. A questão será detidamente analisada no capítulo 3, no qual serão expostas diversas definições; por ora, vamos ficar tão-somente com a de Hely Lopes Meirelles:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.²³

A liquidez e certeza do direito conferem ao mandado de segurança algumas de suas mais importantes peculiaridades no plano processual, como, por exemplo, a necessidade de prova pré-constituída. A celeridade de tramitação, característica marcante do mandado de segurança, deve-se em grande medida à inexistência de dilação probatória, como se verá mais adiante.

Continuando, temos que o direito pode ter sido “lesado ou ameaçado de lesão”. Isso quer dizer que o mandado de segurança não serve apenas para atacar um ato lesivo ao direito do impetrante já existente; pode ser utilizado também para prevenir que o ato lesivo venha a consumir-se, sendo, todavia, “necessário que o impetrante demonstre, ao menos por indícios, a existência de algum dado concreto e objetivo capaz de justificar o receio manifestado”²⁴, não bastando uma mera suposição nesse sentido. O primeiro caso é o do mandado de

²² BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 51.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 37.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 240.

segurança repressivo; o segundo é o do mandado de segurança preventivo. Ambos serão estudados no capítulo 4, dedicado às hipóteses de cabimento do mandado de segurança.

Por derradeiro, temos que o direito deve ter sido ferido ou ameaçado “por ato de autoridade, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.” Essa é a última parte do conceito que estamos a analisar, e nela podem ser vislumbrados dois aspectos fundamentais do mandado de segurança: o objeto (com suas delimitações) e a legitimação passiva.

Quanto ao objeto do mandado de segurança, “será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante.”²⁵ Os mais diversos tipos de atos do Poder Público e de seus delegados podem ser enquadrados aqui: atos administrativos típicos, atos judiciais não sujeitos a recurso com efeito suspensivo, deliberações legislativas etc. Há, contudo, algumas exceções pontuais, consagradas na lei e na jurisprudência, ao cabimento do mandado de segurança, que serão cuidadosamente estudadas no capítulo 4.

Além disso, para que a parte possa valer-se do mandado de segurança, é necessário que o seu direito não esteja amparado por *habeas corpus* ou por *habeas data*. Logo, não cabe mandado de segurança para resguardar “o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir, parar e ficar”²⁶ (objeto do *habeas corpus*), o mesmo ocorrendo com “o direito de conhecimento de dados pessoais e de retificá-los”²⁷ (objeto do *habeas data*).

No que tange à legitimação passiva, há grandes discussões na doutrina sobre quem seria o “réu” no mandado de segurança, se a própria autoridade responsável pela prática do ato ou a pessoa jurídica cujos quadros ela integra; essas posições serão avaliadas no capítulo 3, quando tratarmos da segunda condição da ação, a legitimidade. Por ora, mais importante é estabelecer uma definição acerca da figura da autoridade coatora.

Nas palavras de Marinoni e Arenhart, “coatora será a autoridade que efetivamente pratica o ato inquinado ou que tem competência para rever o ato.”²⁸ Significa dizer que “não se deve tomar por autoridade coatora o mero executor do ato, e sim aquele que tem efetivo poder de decisão sobre a conduta.”²⁹ No tocante à qualificação da autoridade, já mencionamos que tanto atos provenientes do Poder Público quanto de seus delegados podem estar sujeitos

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 39.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 445.

²⁷ *Ibidem*, p. 454.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 245.

²⁹ *Loc. cit.*

ao mandado de segurança; com efeito, o espectro é bastante amplo, podendo ser incluídas no conceito de autoridade coatora, nos termos do art. 1º, § 1º da Lei nº 12.016/09,³⁰ as autoridades públicas propriamente ditas, os representantes ou órgãos de partidos políticos, os administradores de entidades autárquicas e os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público.

Para encerrar esse primeiro capítulo, devemos mencionar uma outra função importantíssima do mandado de segurança, ainda não analisada.

Em sua indispensável obra “Direito Administrativo Brasileiro”, Hely Lopes Meirelles situa o mandado de segurança dentre os meios de controle judicial da Administração Pública. Para o referido autor,

Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle *a posteriori*, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários. Esses direitos podem ser públicos ou privados – não importa -, mas sempre subjetivos e próprios de quem pede a correção judicial do ato administrativo, salvo na ação popular e na ação civil pública, em que o autor defende o patrimônio da comunidade lesado pela Administração.³¹

Até agora estávamos a analisar o mandado de segurança sob o prisma da garantia fundamental, como um instrumento de defesa posto à disposição daqueles que foram lesados, em sua esfera jurídica, pela atuação estatal. É chegada a hora de fazer referência ao outro lado da moeda: o mandado de segurança constitui um dos meios de controle judicial da Administração, destinado à correção das ilegalidades por ela cometidas. Significa dizer que, ao defender o seu direito pela via do mandado de segurança, o impetrante também está forçando a correção de uma antijuridicidade e, com isso, chamando a atenção para os desvios da atuação administrativa, que, conforme é cediço, deve ser rigorosamente pautada pelo princípio da legalidade.

Trata-se de uma função que assume grande importância em um país onde o Estado, que deveria ser o guardião máximo da ordem jurídica e o primeiro a zelar pela sua observância, negligencia seu papel e, tanto por atos quanto por omissões, cada vez mais insiste em descumpri-la, como lamentavelmente é o caso do Brasil.

³⁰ “Art. 1º [...]”

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.”

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 775.

2 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

Tanto no período do Brasil Colonial quanto no do Brasil Imperial, inexistiam meios eficientes para a defesa do particular contra os abusos do Poder Público. E a razão é bastante simples: essa defesa só pode existir quando impera o regime de separação dos poderes. O caráter absoluto da monarquia portuguesa, absolutismo esse que, dissimuladamente, persistiu na Constituição Imperial de 1824, cristalizado na figura do Poder Moderador, naturalmente impedia que a possibilidade de uma defesa eficaz contra os atos da Coroa fosse cogitada.

É bem verdade que se tentou, no Império, instaurar um sistema abrangente de contencioso administrativo, com a criação do Conselho de Estado, inspirado no modelo francês. Essa tentativa, contudo, veio a encontrar a resistência de dois dos maiores juristas da época, José Antônio Pimenta Bueno e Visconde do Uruguai. Acabou restando ao Conselho de Estado a competência “nos casos em que a lei expressamente lhe cometia a função de dirimir contendas entre a Administração e os particulares”, como nas “questões de presas e indenizações” e “em matéria fazendária”.³² O sistema de contencioso administrativo foi definitivamente abolido pela Constituição de 1891, a primeira da República.

O essencial é que “os procedimentos adotados pelo processo civil brasileiro, quer no Império quer nos primeiros tempos da República, não eram, todavia, suficientemente rápidos e eficazes para a imediata proteção dos direitos do indivíduo contra o Estado.”³³ Coube à monumental figura de Rui Barbosa, um dos maiores juristas brasileiros, propor uma solução para tal impasse, com a teoria da posse de direitos pessoais. Tentou-se, a partir daí, conferir aos velhos interditos possessórios a função de proteger os direitos individuais contra agressões do Poder Público. Contudo, “a resistência a essa concepção ampla do conceito de posse foi grande, e não se pode dizer que o mestre tenha obtido êxito em sua doutrinação.”³⁴

No entanto, o grande jurista teve papel decisivo no surgimento da Ação Anulatória de Atos da Administração, prevista no art. 13 da Lei nº 221, de 1894,³⁵ lei essa destinada a

³² BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 29.

³³ *Ibidem*, p. 30.

³⁴ *Loc. cit.*

³⁵ “Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

§ 1º As acções desta natureza sómente poderão ser propostas pelas pessoas offendidas em seus direitos ou por seus representantes ou successores.

§ 2º A autoridade administrativa, de quem emanou a medida impugnada, será representada no processo pelo ministerio publico.

Poderão tomar parte no pleito os terceiros que tiverem um interesse juridico na decisão da causa.

completar a organização da Justiça Federal da República. Houve, com isso, um grande avanço; o ordenamento jurídico nacional passou a prever um tipo específico de ação, destinado a anular atos das autoridades administrativas da União que fossem ilegais e lesivos a direitos individuais. Essa lei, todavia, fracassou, os resultados na prática não foram os esperados. Segundo Marinoni e Arenhart, esse insucesso ocorreu porque “seu rito não possuía a rapidez necessária para combater os excessos da Administração Pública, nem havia o caráter mandamental que se esperava desta medida.”³⁶ Constatado o malogro da ação anulatória da Lei nº 221, tornou-se imperiosa a busca por uma nova alternativa.

§ 3º A petição inicial conterá, além dos nomes das partes, a exposição circunstanciada dos factos e as indicações das normas legais ou princípios jurídicos, de onde o autor conclua que um seu direito subjectivo foi violado por acto, medida ou decisão da autoridade administrativa.

§ 4º A petição inicial indicará também as testemunhas e as demais provas em que o autor se baseia e deverá, ser desde logo instruída com a prova documental, salvo demora imputável às partes interessadas.

§ 5º A ação poderá ser desprezada in limine si for manifestamente infundada, si não estiver devidamente instruída, si a parte for ilegítima, ou si houver decorrido um anno da data da intimação ou publicação da medida que for objecto do pleito.

Desta decisão caberá o recurso de agravo.

§ 6º Admittida a ação, serão citados o competente representante do ministerio publico e mais partes interessadas, assignando-se-lhes o prazo de dez dias para contestação.

Este prazo poderá ser prorogado até ao dobro, a requerimento de qualquer dos interessados.

§ 7º A requerimento do autor, a autoridade administrativa que expediu o acto ou medida em questão suspenderá a sua execução, si a isso não se oppuzerem razões de ordem publica.

§ 8º Findo o prazo, de que trata o § 6º, observar-se-ha o processo descripto nos arts. 183 a 188 do decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890.

§ 9º Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.

a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade;

b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionario sómente será havida por illegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder.

§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

§ 11. As sentenças judiciais passarão em julgado e obrigarão as partes e a administração em relação ao caso concreto que fez objecto da discussão.

§ 12. A violação do julgado por parte da autoridade administrativa induz em responsabilidade civil e criminal.

§ 13. Decahindo o autor da acção e verificando-se ter sido esta maliciosamente intentada, poderá ser condemnado nas custas em dobro ou tresdobro a arbitrio da autoridade judiciaria.

§ 14. A Fazenda Nacional terá direito regressivo contra o funcionario publico para haver as custas que pagar.

§ 15. Nas causas de que trata a presente lei, bem como em todas aquellas em que forem decididas questões constitucionaes, não haverá alçada.

§ 16. As disposições da presente lei não alteram o direito vigente quanto;

a) ao habeas-corpus;

b) ás acções possessorias;

c) ás causas fiscaes.”

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 236.

E a alternativa encontrada foi o alargamento do campo de aplicação do *habeas corpus*. Esse instituto estava previsto no § 22 do art. 72 da Constituição de 1891,³⁷ que dava a ele um caráter bastante amplo. Criou-se, a partir daí, a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*, “que o concebia como remédio tutelar dos direitos subjetivos de qualquer natureza”.³⁸ Essa doutrina baseou-se na amplitude do comando constitucional para dar ao *habeas corpus* uma coloração diferente daquela que possuía o instituto em sua concepção tradicional, oriunda do direito inglês, que o tinha como um remédio destinado a resguardar tão-somente a liberdade de locomoção; deu-se ao *habeas corpus* a função de proteger os direitos individuais contra os desmandos do Poder Público.

Sobreveio, contudo, a reforma constitucional de 1926 (a única reforma conferida à Constituição de 1891). Essa reforma veio a dar nova redação ao § 22 do art. 72 da Constituição,³⁹ restringindo o campo de incidência do *habeas corpus* a ataques à liberdade de locomoção e, com isso, devolvendo ao instituto a sua estruturação clássica. Mais uma vez mostrou-se necessária a procura por alternativas; e, finalmente, começou a tomar forma a ideia do mandado de segurança.

Já em 1914, no projeto de revisão constitucional formulado por Alberto Torres, constava o instituto do “mandado de garantia”, que, no entanto, era bem mais amplo que aquele que viria a ser, mais tarde, o mandado de segurança. De acordo com Celso Agrícola Barbi, o mandado de garantia era concebido como um instrumento hábil “à proteção de direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato do Poder Público ou de particulares, aplicável quando não houvesse outro remédio especial.”⁴⁰ Segundo Othon Sidou, “O caráter preventivo e a feição ampla do remédio, tendo como destinatário qualquer autor de lesão a direitos individuais, agente público ou particular, conferia ao preconizado instituto uma similitude bem apercibida com os interditos romanos.”⁴¹

Alguns anos depois, no Congresso Jurídico de 1922, o ministro Muniz Barreto propôs a criação de um instituto com feições muito semelhantes às do mandado de segurança: “sua inspiração declarada era o amparo mexicano e tinha por finalidade atender a direitos que

³⁷ “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

§ 22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder.”

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 445.

³⁹ “Art. 72. [...]”

§ 22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção.”

⁴⁰ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 32.

⁴¹ SIDOU, José Maria Othon. **Do Mandado de Segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 29.

pudessem ser provados de plano, não amparados pelo *habeas corpus*.”⁴² Apesar dessas tentativas, o assunto não seria levado adiante até a reforma constitucional de 1926.

Com a reforma da Constituição, surgiram diversos projetos na Câmara dos Deputados, todos eles com a preocupação de preencher a lacuna deixada pela restrição imposta à utilização do *habeas corpus*. Nenhum deles, contudo, acabou transformado em lei; as discussões sobre a matéria foram suprimidas com a Revolução de 1930, e só retornariam por ocasião da elaboração da Carta Constitucional de 1934.

De fato, coube à Constituição de 1934 instituir o mandado de segurança no ordenamento jurídico nacional. O art. 113, nº 33 dessa Constituição⁴³ concebia-o como instrumento hábil à defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal ou inconstitucional de qualquer autoridade. Nesse mesmo dispositivo estabeleceu-se que o processo seria idêntico ao do *habeas corpus*, com a necessária oitiva da pessoa de direito público interessada, e que a concessão do mandado não prejudicaria as ações petitorias competentes. A redação desse dispositivo deixa transparecer claramente as divergências de opinião existentes, à época, sobre a matéria, como observa Celso Agrícola Barbi:

a referência a direito certo e incontestável e o rito processual idêntico ao do *habeas corpus* mostram a atuação dos que procuraram construir um *habeas corpus* civil, pois, além da forma, adotaram até mesmo a linguagem da doutrina brasileira daquele *writ*. A referência à ação petitoria, geralmente contraposta à ação possessória nos livros de direito civil, é obra dos que pretendiam construir o instituto como extensão da posse aos direitos pessoais.⁴⁴

No plano infraconstitucional, a matéria foi regulamentada pela Lei nº 191, de 1936, a primeira lei do mandado de segurança brasileiro. Ideias que ainda estão presentes na sistemática atual do mandado de segurança já constavam dessa lei, como, por exemplo, o prazo de 120 dias para a impetração (art. 3º).⁴⁵ Foram postos fora do seu alcance a liberdade de locomoção, os atos passíveis de recurso administrativo com efeito suspensivo,

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 236.

⁴³ “Art 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: 33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestavel, ameaçado ou violado por acto manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito publico interessada. O mandado não prejudica as acções petitorias competentes.”

⁴⁴ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 33-34.

⁴⁵ “Art. 3º O direito de requerer mandado de segurança extingue-se depois de 120 dias, contados da sciencia do acto impugnado.”

independente de caução, fiança ou depósito, as questões puramente políticas e os atos disciplinares (art. 4º).⁴⁶

Aproximava-se, entretanto, o golpe de estado de 1937 e a instauração do Estado Novo getulista. A Constituição de 1937, de viés nitidamente autoritário, suprimiu de seu texto o mandado de segurança. Nas palavras de Temístocles Cavalcanti: “Bem se explica, aliás, a omissão contida na Carta de 1937. A proteção dos direitos individuais pelos meios rápidos e eficazes, de execução imediata, não se compreende dentro de um regime autoritário.”⁴⁷

Apesar das novas circunstâncias, o instituto acabou sendo mantido na legislação infraconstitucional, embora com importantes restrições: o Decreto-Lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, confirmava, em seu art. 16,⁴⁸ a vigência da Lei nº 191/36, mas excluía do âmbito do mandado de segurança os atos do presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e dos interventores. O Código de Processo Civil de 1939, que passou a reger a matéria, foi ainda mais longe: em seu art. 320, inciso IV,⁴⁹ estabeleceu limitações ao emprego do mandado de segurança na esfera tributária.

O *status* constitucional foi devolvido ao mandado de segurança com a Constituição de 1946. O § 24 do art. 141 da mencionada Carta⁵⁰ adotou, pela primeira vez, a expressão “direito líquido e certo” em vez de “direito certo e incontestável”, ao mesmo tempo em que retirou a exigência de que a ilegalidade fosse manifesta. Sobre a importância dessa Constituição para a evolução do mandado de segurança, assinala Hely Lopes Meirelles:

Com a promulgação da Constituição de 1946, não perduraram as restrições ao uso do mandado de segurança decorrentes da legislação do Estado Novo. Na realidade, a Constituição de 1946 definiu amplamente o mandado, considerando-o cabível, por interpretação conjunta dos §§ 23 e 24 do art. 141, “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação”, e a fim de “proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela

⁴⁶ “Art. 4º Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I - de liberdade de locomoção, exclusivamente;

II - de acto de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, fiança ou depósito;

III - de questão puramente política;

IV - de acto disciplinar.”

⁴⁷ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **Do Mandado de Segurança**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. p. 66.

⁴⁸ “Art. 16. Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da lei n. 191 de 16 de janeiro de 1936, exceto a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores.”

⁴⁹ “Art. 320. Não se dará mandado de segurança, quando se tratar:

IV - de impostos ou taxas, salvo se a lei, para assegurar a cobrança, estabelecer providências restritivas da atividade profissional do contribuinte.”

⁵⁰ “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 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.”

ilegalidade ou abuso de poder”. O próprio texto constitucional assegurava, pois, a utilização do mandado de segurança preventivo, sempre que houvesse justo e motivado receio de violação de direito certo e líquido. E, por outro lado, autorizava o recurso ao remédio heroico contra ato de qualquer autoridade, pouco importando a sua posição na escala hierárquica, entendendo-se que tanto se referia o texto constitucional às autoridades administrativas, como às legislativas e, até mesmo, judiciárias, e às pessoas físicas e jurídicas de direito privado que estivessem exercendo atribuições do Poder Público.⁵¹

As feições do mandado de segurança na Constituição de 1946 eram muito semelhantes às que o instituto possui atualmente. Sob a sua égide foi promulgada a Lei nº 1.533/51, que daria forma ao mandado de segurança por mais de meio século. Essa lei revogou expressamente os artigos do Código de Processo Civil de 1939 que tratavam da matéria, com o objetivo de adequar o instituto do mandado de segurança à nova ordem constitucional. Recorremos mais uma vez à doutrina de Hely Lopes Meirelles:

A Lei n. 1.533/51, como as anteriores, admitiu o mandado preventivo, em caso de violação de direito líquido e certo. Incluiu, dentre as autoridades contra as quais cabe o mandado, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e as pessoas naturais ou jurídicas no exercício de funções delegadas pelo Poder Público, “somente no que entender com essas funções”.⁵²

Várias foram as modificações pontuais à Lei nº 1.533/51, principalmente no que tange aos prazos e à abrangência das medidas liminares. Destacam-se: a Lei nº 4.348/64, que estabelecia que a medida liminar somente teria eficácia nos noventa dias posteriores à sua concessão (art. 1º, alínea “b”)⁵³ e não poderia ser concedida em mandados de segurança que visassem à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, à concessão de aumento ou extensão de vantagens (art. 5º)⁵⁴; a Lei nº 4.357/64, que vedou, em seu art. 39,⁵⁵ a concessão de liminar em face da Fazenda Nacional relativamente aos assuntos nela regulados (alterações no imposto sobre a renda, determinação da correção monetária nos débitos fiscais junto à União, dentre outros); a Lei nº 4.862/65, que revogou o mencionado artigo 39 da Lei nº

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 144-145.

⁵² *Ibidem*, p. 146.

⁵³ “Art. 1º Nos processos de mandado de segurança serão observadas as seguintes normas:

b) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) trinta dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação.”

⁵⁴ “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.”

⁵⁵ “Art. 39. Não será concedida a medida liminar em mandado de segurança, impetrado contra a Fazenda Nacional, em decorrência da aplicação da presente lei.”

4.357/64 (art. 51)⁵⁶; e a Lei nº 5.021/66, que proibiu a concessão de medida liminar para o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidores públicos (art. 1º, § 4º).⁵⁷

Ao golpe militar de 1964 seguiu-se a promulgação da Constituição de 1967, que, em seu art. 150, § 21,⁵⁸ manteve o caráter constitucional do mandado de segurança. É interessante observar que, apesar da inversão das orações, a redação do mencionado § 21 é quase idêntica à do § 24 do art. 141 da Constituição de 1946; a única diferença consiste na inclusão do vocábulo “individual” no meio da expressão “direito líquido e certo”. Tal circunstância, contudo, não veio a alterar a compreensão do instituto, que, ademais, sempre fora concebido como remédio para a salvaguarda de direitos individuais. Além disso, a inovação durou pouco: a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, acabou por suprimir o termo “individual”, em seu art. 153, § 21,⁵⁹ que, no mais, permaneceu idêntico ao art. 150, § 21 da Constituição de 1967.

O ainda vigente Código de Processo Civil de 1973 não disciplinou o mandado de segurança, permanecendo a regulamentação da matéria pela legislação especial. Surgiu, contudo, a necessidade de adaptar a Lei nº 1.533/51 aos ditames do novo código, o que foi feito através das Leis nº 6.014/73 (que, em seu art. 3º,⁶⁰ deu nova redação aos arts. 12 e 13 da Lei nº 1.533/51) e nº 6.071/74 (que, em seu art. 1º,⁶¹ conferiu novo texto ao parágrafo único do art. 12 e ao art. 19 da Lei nº 1.533/51).

⁵⁶ “Art 51. Fica revogado o art. 39 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, cessando os efeitos da medida liminar concedida em mandado de segurança contra a Fazenda Nacional, após o decurso do prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da petição inicial ou quando determinada sua suspensão por Tribunal imediatamente superior.”

⁵⁷ “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.”

⁵⁸ “Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 21. Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

⁵⁹ “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 21. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

⁶⁰ “Art 3º Os artigos 12 e 13 da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, passam a ter a seguinte redação:

Art. 12. Da sentença, negando ou concedendo o mandado cabe apelação.

Parágrafo único. A sentença fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

Art 13. Quando o mandado for concedido e o Presidente do Tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso, ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal que presida.”

⁶¹ “Art 1º O Parágrafo único do Art. 12 e o Art. 19 da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 12 [...]

A Constituição de 1988 tratou do tema nos incisos LXIX e LXX do seu art. 5º.⁶² A atual Carta manteve praticamente inalterada a estrutura clássica do mandado de segurança, sob a forma do mandado de segurança individual, apenas incluindo o *habeas data* - instrumento criado por ela - como um novo limitador ao campo de aplicação do instituto, ao lado do *habeas corpus*. Ao mesmo tempo, contudo, ela introduziu uma importantíssima inovação: a criação do mandado de segurança coletivo. Pela primeira vez os direitos coletivos foram incluídos no âmbito de proteção da garantia constitucional. E tal inovação não está descontextualizada; segundo Paulo Bonavides, “a Constituição manifestou com a ampliação da garantia o apreço que vota à defesa coletiva dos direitos.”⁶³

Hoje, a disciplina infraconstitucional do mandado de segurança está na Lei nº 12.016/09, tendo sido expressamente revogada a Lei nº 1.533/51. A lei atual, em síntese, manteve os traços gerais do mandado de segurança individual e regulamentou, pela primeira vez, o mandado de segurança coletivo.

Parágrafo único. A sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

Art. 19. Aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio.”

⁶² “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:

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;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 552.

3 CONDIÇÕES DA AÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA

Na doutrina mais antiga, existia uma viva discussão acerca da natureza processual do mandado de segurança. Hoje, a questão está superada: é pacífico entre os doutrinadores que o mandado de segurança possui natureza de ação. A título de ilustração, reproduzimos, a seguir, os ensinamentos de dois grandes mestres.

Celso Agrícola Barbi diz que “o mandado de segurança é ‘ação de cognição’, que se exerce através de um procedimento especial da mesma natureza, de caráter documental, pois só admite prova dessa espécie, e caracterizado também pela forma peculiar da execução do julgado.”⁶⁴ Já Hely Lopes Meirelles concebe o mandado de segurança como

ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa ou ameaça a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem, esta, a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento a notificação judicial.⁶⁵

Superada a questão relativa à natureza de ação do mandado de segurança, surge a necessidade de estabelecer os seus requisitos, ou, melhor dizendo, as condições da ação peculiares a esse instituto. No presente capítulo, adotaremos a classificação de Celso Agrícola Barbi, que reconhece três condições da ação no mandado de segurança: liquidez e certeza do direito, legitimação e interesse de agir.

3.1 LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO

No estudo do mandado de segurança, a definição do conceito de direito líquido e certo aparece como um dos pontos centrais.⁶⁶

Já vimos, no capítulo anterior, que a expressão “direito líquido e certo” surgiu com a Constituição de 1946, substituindo a anterior, “direito certo e incontestável”, e tem sido parte inseparável do instituto desde então, tanto nas constituições que se sucederam quanto na legislação ordinária. A importância desse conceito (que, afinal, é um dos requisitos constitucionalmente previstos para o manejo do mandado de segurança) provocou, na

⁶⁴ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 47.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32.

⁶⁶ São grandes as controvérsias acerca do papel da liquidez e certeza do direito no mandado de segurança: alguns autores defendem que ela seria uma das condições da ação, enquanto outros sustentam que seria questão de mérito. Entendemos ser mais adequada a primeira alternativa. Parece-nos que a verificação da existência de um direito líquido e certo, exigência constitucional para o cabimento do mandado de segurança, configura questão anterior à apreciação do mérito.

doutrina, uma constante preocupação com o seu aprimoramento. Vejamos, a seguir, algumas definições.

Celso Agrícola Barbi ressalta o caráter processual desse conceito, assinalando que a ideia de direito líquido e certo é indissociável da possibilidade de prova “imediate e segura” dos fatos alegados pelo impetrante:

o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos.⁶⁷

Tal conceito veio a receber as críticas do eminente processualista Alfredo Buzaid, que, sobre ele, assim se manifestou:

Não nos parece aceitável o conceito de que o direito líquido e certo é tipicamente processual. A existência ou inexistência de um direito líquido e certo, que constitui fundamento do mandado de segurança, é um fenômeno pré-processual e a sua ameaça ou violação pode dar causa e nascimento a um processo. O direito líquido e certo pertence à ordem jurídica material, que provê à organização dos poderes do Estado e atribui aos sujeitos bens da vida.⁶⁸

Buzaid entende, portanto, que o conceito de direito líquido e certo encontra-se na órbita do direito material. Para defini-lo, esse autor traça um paralelo com o conceito de título líquido e certo, o título executivo que traz em seu bojo a materialização de uma obrigação:

O direito líquido e certo é mais do que o título líquido e certo. Para defini-lo, não basta dizer que se trata de direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, aplicável de plano, sem detido exame nem laboriosas cogitações. O que, a nosso ver, esclarece o conceito de direito líquido e certo é a ideia de sua incontestabilidade, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública, que pratica um ato ilegal ou de abuso de direito.⁶⁹

O ilustre processualista de São Paulo busca, dessa forma, afastar o conceito de direito líquido e certo da esfera processual. Já Marinoni e Arenhart situam o conceito no âmbito da prova, em uma direção semelhante àquela tomada por Celso Agrícola Barbi:

A noção de direito líquido e certo não tem, ao contrário do que a expressão possa sugerir, qualquer relação com espécie particular de direito. A rigor, todo direito que exista é líquido e certo, sendo evidente que a complexidade do raciocínio jurídico – que pode ser mais acessível para alguém e menos para outrem – não tem nenhuma relação com mencionada categoria. A liquidez e certeza do direito têm sim vinculação com a maior ou menor facilidade na demonstração dos fatos sobre os quais incide o Direito. Desse modo, a questão do direito líquido e certo se põe no

⁶⁷ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 56-57.

⁶⁸ BUZOID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 86.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 87-88.

campo da prova das afirmações de fato feitas pelo impetrante. Vale dizer que o mandado de segurança exige que o impetrante possa demonstrar sua alegação por prova indiscutível em seu conteúdo, ou seja, valendo-se de prova direta, em específico, da prova documental.⁷⁰

Nesse mesmo sentido, Arnaldo Wald, em um conceito bastante sintético, mas nem por isso menos elogiável, assinala que:

direito líquido e certo é o direito subjetivo, decorrente de fato inequívoco suscetível de ser cabalmente provado com documentos juntos à inicial, sem necessidade de provas complementares de qualquer espécie, pouco importando a complexidade das questões jurídicas envolvidas na hipótese.⁷¹

Da mesma forma, o entendimento de Sergio Fadel:

A exata exegese da expressão “direito líquido e certo” amadureceu ao longo do tempo, de tal forma que hoje se poderia entendê-la como simbolizando aquele direito decorrente de questões que, em face da prova documental produzida, se tornaram incontrovertes, ou que, embora não comprovadas, sejam admitidas como verdadeiras pela autoridade informante.⁷²

E, para fechar essa exposição, citaremos o conceito que nos parece o mais completo, o de Hely Lopes Meirelles. Para esse autor, direito líquido e certo “é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.”⁷³ E, mais adiante, prossegue:

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido, nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (art. 1.533 do Código Civil). É um conceito impróprio – e mal expresso – alusivo à precisão e comprovação do direito quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.⁷⁴

Direito líquido e certo é, portanto, aquele direito que pode ser demonstrado de forma estreme de dúvidas, através de prova pré-constituída das alegações do impetrante. Concordamos com Celso Agrícola Barbi no sentido de que se trata de um conceito eminentemente processual, pois umbilicalmente ligado à prova das questões de fato - e, em face disso, permitimo-nos discordar das opiniões em contrário, e em especial da de Alfredo

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 238-239.

⁷¹ WALD, Arnaldo. **Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 121-122.

⁷² FADEL, Sergio Sahione. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1976. p. 20.

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 37.

⁷⁴ *Loc. cit.*

Buzaid, pois não conseguimos vislumbrar como a liquidez e certeza do direito poderia estar no plano material. Melhor explicando: pode a parte ter um direito subjetivo seu violado pela atuação ilegal do Poder Público, mas, se suas alegações de fato não puderem ser objeto de prova pré-constituída – uma circunstância processual, portanto – esse direito não se revestirá de liquidez e certeza e, portanto, ela não poderá utilizar-se da via do mandado de segurança, embora as vias ordinárias continuem à sua disposição. Não nos parece – com o devido respeito às opiniões em contrário – que possa existir “direito líquido e certo” fora do processo.

A expressão “direito líquido e certo” é, por conseguinte, tecnicamente inadequada; não é o direito que deve ser líquido e certo, e sim os fatos que sustentam esse direito. A complexidade das questões jurídicas em debate não inviabiliza a utilização da via do mandado de segurança, pois tal circunstância não tem o condão de afastar a liquidez e certeza do direito. É esse o entendimento consagrado na Súmula 625 do STF.⁷⁵

Não se admite, no mandado de segurança, prova *a posteriori*, ou seja, o impetrante deve instruir a inicial com os documentos de valor probante que estiverem à sua disposição. Há, todavia, as exceções dos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei nº 12.016/09⁷⁶: se o documento estiver em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz deverá ordenar a exibição do documento, em original ou cópia autêntica, no prazo de dez dias; se, por outro lado, a autoridade que assim tiver procedido for a própria autoridade coatora, a ordem deverá constar do instrumento de notificação.

Discute a doutrina a respeito das modalidades probatórias que podem ser utilizadas no mandado de segurança. Hely Lopes Meirelles defende que “as provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei”;⁷⁷ não é essa, contudo, a posição majoritária, a maioria dos autores entende que apenas a prova documental é admissível (nesse sentido, as opiniões de Marinoni e Arenhart, Arnaldo Wald,

⁷⁵ “SÚMULA Nº 625 CONTROVÉRSIA SOBRE MATÉRIA DE DIREITO NÃO IMPEDE CONCESSÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA.”

⁷⁶ “Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

§ 2º Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.”

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 37.

Celso Agrícola Barbi e Sergio Fadel, já citadas). Entendemos ser mais adequada a posição da doutrina majoritária, pois não conseguimos conceber como provas de outros tipos que não a documental, como a pericial e a testemunhal, poderiam satisfazer à exigência de demonstração imediata dos fatos. Sua produção demandaria uma fase instrutória no processo, o que não existe no mandado de segurança, por ser evidentemente incompatível com a exigência de liquidez e certeza do direito.

Com efeito, um dos aspectos fundamentais do rito sumaríssimo do mandado de segurança está na supressão da fase instrutória. O impetrante deve apresentar suas provas com a inicial (ressalvadas as situações excepcionais, já mencionadas, dos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei nº 12.016/09), enquanto a autoridade impetrada deve apresentá-las com as informações, não havendo espaço para a produção de novas provas no curso do processo.

3.2 LEGITIMAÇÃO

Antes de adentrar nas questões específicas da legitimidade ativa e passiva no mandado de segurança, convém destacar a lapidar definição de Alfredo Buzaid a respeito do que seja a legitimidade de parte no processo civil.

A legitimidade de parte é a pertinência subjetiva da ação relativamente à lide deduzida no processo, isto é, a idoneidade de agir e responder desde a propositura da ação até o trânsito em julgado da decisão que prestou a tutela jurisdicional e, quando for o caso, a execução de sentença e o emprego de medida cautelar. A identidade entre as partes e o direito, do qual se discute a incerteza, a ameaça ou a violação, determina normalmente a legitimidade ordinária (CPC, art. 3.º); mas pode ocorrer excepcionalmente que alguém pleiteie, em nome próprio, direito alheio (CPC, art. 6.º). A esta espécie de legitimidade *ad causam* se cognomina substituição processual.⁷⁸

3.2.1 Legitimação ativa

Possui legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança todo aquele que tiver sua esfera jurídica atingida pelo ato coator. Como já mencionamos no primeiro capítulo, não só as pessoas físicas e jurídicas podem valer-se do mandado de segurança; ele também pode ser utilizado por entes despersonalizados, tanto públicos quanto privados.⁷⁹ A personalidade

⁷⁸ BUZOID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 166.

⁷⁹ O art. 1º da Lei nº 1.533/51 trazia uma expressão mais ampla que a do art. 1º da Lei nº 12.016/09: a lei revogada estabelecia que o mandado de segurança poderia ser concedido sempre que “alguém” sofresse lesão ou estivesse ameaçado de sofrê-la, enquanto a lei atual fala em “qualquer pessoa física ou jurídica”. Essa alteração, contudo, não teve nenhum efeito prático, pois permaneceu o entendimento no sentido de que os entes

judiciária (capacidade para estar em juízo) é mais ampla que a personalidade jurídica (capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações). A propósito, a admirável síntese formulada por José Cretella Júnior:

Em suma, no Brasil, tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança todo e qualquer titular de direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ilegalidade ou abuso de poder, a saber, as “pessoas físicas”, sejam nacionais ou estrangeiras, residentes no País ou não; as “pessoas jurídicas de direito privado”; as “pessoas jurídicas de direito público”; as “entidades com capacidade processual”, embora destituídas de personalidade jurídica, tais como, as heranças jacentes, as massas falidas, os consórcios, os condomínios em edifícios, as Câmaras Municipais, os Tribunais de Contas, as Assembléias Legislativas, o Senado, os órgãos estatais de qualquer natureza.⁸⁰

O § 3º do art. 1º da Lei nº 12.016/09 estabelece: “Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.” Ou seja, quando o ato vier a afetar a esfera jurídica de diversas pessoas, qualquer delas poderá requerer a correção judicial, independentemente das demais. A redação desse dispositivo é idêntica à do art. 1º, § 2º da Lei nº 1.533/51, a antiga lei do mandado de segurança.

Há também o caso bastante peculiar do art. 3º da Lei nº 12.016/09:

Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente.

Parágrafo único. O exercício do direito previsto no *caput* deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação.

Mostra-se, de fato, muito curiosa essa hipótese; é claramente uma exceção à regra de que ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio (art. 6º do CPC).⁸¹ Não é, contudo, novidade, pois o art. 3º da Lei nº 1.533/51⁸² já previa essa possibilidade. Sobre ela, as sempre valiosas lições dos processualistas Marinoni e Arenhart:

Tem-se aqui caso particular de substituição processual, em que se admite que alguém possa defender interesse de outra pessoa, desde que esta permaneça inerte, embora notificada para incoar ação. A ideia é permitir que mesmo direitos decorrentes (de direitos de outrem) – que são, portanto, de certa forma, “condicionais” – possam ser protegidos (ainda que de forma indireta) pela via do mandado de segurança, extravasando, assim, as estreitas regras de limitação postas no Código de Processo Civil.⁸³

despersonalizados podem impetrar mandado de segurança. É certo que isso se deve, em grande medida, ao caráter de garantia constitucional fundamental do instituto.

⁸⁰ CRETILLA JÚNIOR, José. **Do Mandado de Segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 123.

⁸¹ “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

⁸² “Art. 3º - O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente.”

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244.

Trata-se, portanto, de uma hipótese de substituição processual. Para esclarecê-la - tendo em vista a redação um pouco obscura do dispositivo legal que a fundamenta -, vamos tomar o exemplo dado por Roberto Eurico Schmidt Junior:

Aclarando este art. 3º, tomemos o seguinte exemplo: dois candidatos são aprovados em concurso público para, na ordem de classificação, ocuparem um cargo, sendo que o segundo somente será nomeado se o primeiro desistir de sua nomeação. Entretanto, a autoridade nomeia um estranho não concursado. Ora, enquanto o primeiro colocado não resolver a sua situação, o segundo não poderá fazer nada, isto porque depende diretamente das opções exercidas por aquele. Quem tem legitimidade para impedir a nomeação do terceiro não concursado é o primeiro classificado, posto que o direito à nomeação é seu. Entretanto, se este não impetrar o *writ*, o segundo poderá fazê-lo, desde que, naturalmente, promova a notificação judicial.⁸⁴

Essa possibilidade, nos termos do já citado parágrafo único do art. 3º, depende da observância do prazo de cento e vinte dias para a impetração.

Antes de encerrarmos a exposição referente à legitimidade ativa, é preciso mencionar que o mandado de segurança coletivo possui legitimação especial: de acordo com o inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal, esse remédio pode ser impetrado por “partido político com representação no Congresso Nacional” e por “organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”. A inovação representada pelo mandado de segurança coletivo pôs fim a uma antiga discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de entidades de classe impetrarem mandado de segurança para a defesa de direitos de seus filiados.

3.2.2 Legitimação passiva

Ao tratar da legitimidade passiva, deparamo-nos com uma dificuldade inicial: determinar quem é o ocupante do polo passivo da ação de mandado de segurança, se a autoridade coatora ou a pessoa jurídica cujos quadros ela integra. Há fortes divergências na doutrina a respeito, ilustradas, a seguir, com as opiniões díspares de dois grandes autores.

Para Hely Lopes Meirelles (e seus atualizadores),

O impetrado é a autoridade coatora, a quem se determina a prestação de informações no prazo da lei, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício, a qual, contudo, a partir da edição da Lei n. 12.016/2009, deve ser necessariamente cientificada do feito, de acordo com art. 7º,

⁸⁴ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **Mandado de Segurança**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1995. p. 30.

inciso II, podendo ingressar no mandado dentro do prazo para as informações, como litisconsorte do impetrado.⁸⁵

Já para Celso Agrícola Barbi,

a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora. Como já vimos anteriormente, o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem “capacidade de ser parte” do nosso direito processual civil.⁸⁶

No nosso entendimento, a razão está com o último autor. Com efeito, a autoridade coatora apenas representa (ou melhor, apresenta, na medida em que se trata de uma relação orgânica) a pessoa jurídica de direito público a que está vinculada, e mesmo assim apenas no primeiro grau de jurisdição. A legitimidade recursal no mandado de segurança pertence à pessoa jurídica de direito público, muito embora o art. 14, § 2º da Lei nº 12.016/09⁸⁷ tenha dado ao coator a possibilidade de interpor recurso em seu próprio nome, o que, segundo Marinoni e Arenhart, “só será cabível se ele demonstrar prejuízo para si”.⁸⁸ Não podemos concordar com o magistral Hely Lopes Meirelles, no sentido de que a “autoridade coatora será sempre parte na causa”,⁸⁹ e aos motivos declinados acima para isso adicionamos mais um, talvez o mais importante: os efeitos da ordem, se concedida, terão de ser suportados pela pessoa jurídica de direito público, e sobre ela deverá recair a condenação nas despesas decorrentes do processo.⁹⁰

Esse entendimento, contudo, acaba tornando-se problemático quando cotejado com a previsão do art. 7º, inciso II da Lei nº 12.016/09⁹¹ acerca da possibilidade da pessoa jurídica de direito público ingressar no feito como litisconsorte da autoridade impetrada. Trata-se de

⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 67.

⁸⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 141.

⁸⁷ Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

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

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 245.

⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 68.

⁹⁰ No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aqui ilustrada com a ementa do julgamento proferido no AI 431264 AgR-segundo/PE, julgado em 30/10/2007:

“MANDADO DE SEGURANÇA. Legitimidade passiva para a causa. Pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade. Representante processual do ente público. Falta de intimação da decisão concessiva da segurança. Violação do justo processo da lei (*due process of law*) Nulidade processual absoluta. Pronúncia. Jurisprudência assentada. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Aplicação do art. 3º da Lei nº 4.348/64, com a redação da Lei nº 10.910/2004. Inteligência do art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição da República. É nulo o processo de mandado de segurança a partir da falta de intimação, quanto à sentença, da pessoa jurídica de direito público, que é a legitimada passiva para a causa.”

⁹¹ “Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;”

uma inovação da atual legislação (não existia nenhum dispositivo correspondente na Lei nº 1.533/51), que foi duramente criticada por Marinoni e Arenhart, nos seguintes termos:

Segundo a regra indicada, podem sim conviver na mesma demanda a autoridade coatora e a pessoa jurídica interessada. O problema será, evidentemente, determinar em que condição se dá essa intervenção. De fato, se é correto concluir – como exposto acima – que a autoridade apresenta a pessoa jurídica no mandado de segurança em primeiro grau, haveria nessa permissão uma superposição de pessoa. A mesma pessoa figuraria duas vezes no mesmo polo da relação processual – uma vez apresentada pela autoridade coatora e outra, pelo seu órgão de representação judicial. A medida é totalmente ilógica e incoerente com o sistema processual brasileiro, de modo que a excrescência não deveria existir.⁹²

Como adotamos o entendimento de que a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público e não a autoridade apontada como coatora, que apenas a apresenta na fase inicial do processo, devemos, para manter a coerência, concordar com os grandes processualistas do Paraná, no sentido de ser absurda a hipótese de superposição dessas duas figuras, prevista no art. 7º, inciso II da Lei nº 12.016/09. Essa, aliás, não é a única crítica da doutrina à nova lei, como o leitor poderá constatar no curso do presente trabalho.

Por fim, faz-se necessário mencionar que o próprio Celso Agrícola Barbi reconhece a existência de uma exceção à ocupação do polo passivo do mandado de segurança pela pessoa jurídica de direito público, “quando se tratar de pessoas de direito privado, com funções delegadas de poder público, pois, então, parte passiva serão aquelas e não o Poder Público.”⁹³

3.3 INTERESSE DE AGIR

Quanto à terceira condição da ação, o interesse de agir, também chamado de interesse processual – que, nas palavras de Celso Agrícola Barbi, “consiste na ‘necessidade’ de usar dos meios jurisdicionais para obter a atuação da vontade da lei, pois sem esse recurso haveria dano para o autor”⁹⁴ -, não há grandes diferenças entre o mandado de segurança e as ações em geral. É exigido, em todos os casos, que o demandante (ou o impetrante, no caso do mandado de segurança) demonstre a necessidade de obtenção do pronunciamento judicial relativamente à sua pretensão.

Existem, contudo, alguns casos específicos bastante relevantes que envolvem o interesse de agir no mandado de segurança.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 247.

⁹³ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 142.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 67.

Um deles é o do não-cabimento da medida quando se tratar de ato sujeito a recurso administrativo dotado de efeito suspensivo, independente de caução, e de decisão judicial igualmente sujeita a recurso com efeito suspensivo (art. 5º, I e II da Lei nº 12.016/09).⁹⁵ Poder-se-ia objetar que essa vedação vai de encontro ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB).⁹⁶ Todavia, tanto em uma quanto na outra hipótese, o que há é, na verdade, uma restrição baseada no interesse de agir, pois enquanto a questão puder ser resolvida através de recurso administrativo ou por meio do recurso cabível na esfera judicial, ambos com efeito suspensivo, não há a necessidade de utilização da via do mandado de segurança para a sua discussão. Trata-se de uma simples regulamentação da garantia constitucional, que não atenta contra o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Um outro caso interessante, e com ele fechamos esse terceiro capítulo, é o do interesse de agir no mandado de segurança preventivo. Para justificar a necessidade de uma atuação do Poder Judiciário – estamos, portanto, no campo do interesse de agir –, deve o impetrante demonstrar, por meio de circunstâncias objetivas, a iminência da prática do ato que considera ilegal. Será ele carecedor de interesse processual se ficar limitado à exposição de um simples temor subjetivo de que o ato venha a concretizar-se.⁹⁷ Para Celso Agrícola Barbi, a ameaça deve ser “objetiva e atual”, e, não se verificando algum desses requisitos, será “inábil para causar a modalidade de receio que a legislação exige para justificar o ingresso em juízo.”⁹⁸ Voltaremos a tratar do mandado de segurança preventivo mais adiante.

⁹⁵ “Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;”

⁹⁶ “Art. 5º [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

⁹⁷ A 8ª Câmara Criminal do TJRS reconheceu a falta de interesse de agir do impetrante que não demonstrou, no mandado de segurança preventivo, a efetiva ameaça de prática do ato tachado de ilegal, na ocasião do julgamento da Apelação Crime nº 70012711503, ocorrido em 30/11/2005, assim ementado:

“APELO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO A ABSTENÇÃO DE APREENSÃO DE MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL DO IMPETRANTE. ADEQUAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA EM PRIMEIRO GRAU. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, PELO QUE ROGA O IMPETRANTE, É CABÍVEL. NO ENTANTO, TÃO SÓ É ADMISSÍVEL CONTRA COERÇÃO A QUAL ESTEJA NO LIMAR ENTRE A POTENCIALIDADE E A CONCRETIZAÇÃO. MERO AGOURO NÃO TEM O CONDÃO DE ENSEJAR O PRÉSTIMO DO MANDAMUS. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES DESTES E DE OUTROS TRIBUNAIS. HC 15923/MG, REL. MIN. LAURITA VAZ, 5ª TURMA, J. 18/11/2004. RECURSO DESPROVIDO.”

⁹⁸ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 75.

4 OBJETO E HIPÓTESES DE CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Hely Lopes Meirelles assinala, como características que distinguem o mandado de segurança das demais ações, a “especificidade de seu objeto” e a “sumariedade de seu procedimento”.⁹⁹ O objeto do mandado de segurança é o tema do presente capítulo, juntamente com a questão, a ele intimamente vinculada, das hipóteses de cabimento; o procedimento será estudado no capítulo seguinte.

Invariavelmente, o mandado de segurança terá por objeto a correção, pela via judicial, de ato estatal revestido de ilegalidade e atentatório a direito líquido e certo do impetrante. Vale dizer, nesse tipo de ação, a pretensão do impetrante consistirá sempre na obtenção de uma ordem judicial direcionada ao impetrado para que faça ou deixe de fazer algo, de forma a restituir o estado anterior à violação ou ameaça de violação ao seu direito.

E, aqui, temos uma das mais importantes particularidades do mandado de segurança: o impetrante será (em caso de procedência da demanda, obviamente) contemplado com a prestação *in natura*, prestação essa que não poderá, em nenhuma hipótese, ser substituída pela condenação em perdas e danos. Nas palavras de Arnaldo Wald:

O mandado de segurança apresenta a singularidade de permitir a execução específica contra o Poder Público, ao contrário do que ocorre na maioria das legislações estrangeiras, no caso de violação de um direito individual por parte da Administração Pública. Não há, na hipótese, opção para o poder público. Não pode escolher entre obedecer ao comando e reparar os prejuízos decorrentes da violação do direito. O cumprimento da decisão judicial se apresenta como sendo de natureza imperativa, compelindo-se a Administração a praticar ou deixar de praticar um ato, sendo compulsória a execução direta da sentença concessiva do mandado de segurança.¹⁰⁰

Significa dizer que, no mandado de segurança, a obrigação tem de ser cumprida na forma específica, sem que haja a possibilidade de sua conversão em perdas e danos. É uma ação mandamental, ou seja, se concedida a segurança, será expedida uma ordem para a autoridade coatora, determinando que pratique ou deixe de praticar algum ato. Nesse sentido, a lição de Castro Nunes: “O caráter executório do mandado de segurança está implícito na própria denominação. De outro modo a defesa do direito não estaria assegurada. E assegurar é

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 33.

¹⁰⁰ WALD, Arnaldo. **Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 104.

garantir ou restaurar o direito, restituí-lo, efetivá-lo, premuni-lo contra a violação iminente.”¹⁰¹

4.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM FACE DE OUTRAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

De acordo com o seu desenho constitucional, o mandado de segurança é a via adequada para a proteção de direitos não resguardados por *habeas corpus* e *habeas data*. O âmbito de aplicação do mandado de segurança é, portanto, determinado por exclusão; é impossível estabelecê-lo sem analisar, ao menos superficialmente, o perfil constitucional das outras duas ações. É o que faremos a seguir.

O *habeas corpus*, que antigamente servia à proteção das mais diversas espécies de direito subjetivo,¹⁰² está hoje limitado às restrições à liberdade de locomoção, nos termos do art. 5º, inciso LVIII da CRFB:

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:

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Dessa forma, quando se tratar de restrição à liberdade de locomoção, ou seja, às liberdades de ir, vir, parar e ficar, o remédio adequado será o *habeas corpus*, o que exclui a possibilidade de manejo do mandado de segurança.¹⁰³

Por sua vez, o *habeas data* encontra-se previsto no inciso LXXII do art. 5º da CRFB, que possui a seguinte redação:

Art. 5º [...]

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

¹⁰¹ NUNES, José de Castro. **Do Mandado de Segurança e de Outros Meios de Defesa contra Atos do Poder Público**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lux, 1967. p. 55.

¹⁰² Ver capítulo 2.

¹⁰³ A 5ª Câmara Cível do TJRS decidiu não ser cabível mandado de segurança em caso de ordem de prisão emitida contra depositário infiel, no julgamento do MS nº 70015872732, ocorrido em 30/06/2006:

“MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEPOSITÁRIO INFIEL. INCABÍVEL CONTRA ORDEM DE PRISÃO. AJG. VALOR DA CAUSA. 1. O mandado de segurança não é a via adequada combater ordem restritiva da liberdade de locomoção, que é direito amparado pelo *habeas corpus*. Indeferimento da petição inicial por não se tratar de caso de mandado de segurança. Inteligência dos artigos 1º e 8º da Lei no 1.533/1951. 2. Indeferência a assistência judiciária gratuita quando o pedido não é acompanhado da declaração de que trata o art. 4º da Lei no 1.060/50 e o demandante não traz aos autos qualquer elemento que permita auferir sua condição de hipossuficiência financeira. 3. O valor da causa em mandado de segurança deve corresponder ao conteúdo econômico da demanda. INDEFERIDA A INICIAL DO MANDADO DE SEGURANÇA.”

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

O *habeas data* foi uma das novas garantias nascidas com a Constituição de 1988, representando “uma reação jurídica do constituinte a violações, manipulações e excessos perpetrados em matéria informativa pessoal pelas entidades governamentais da ditadura ao longo de duas décadas de exercício do poder autoritário sem limites.”¹⁰⁴ Tem por objeto “o acesso da pessoa física ou jurídica aos registros de informações concernentes à pessoa e suas atividades, para possibilitar a retificação de tais informações.”¹⁰⁵ Resta, portanto, excluída a possibilidade de utilização do mandado de segurança nos casos que envolvam o acesso a informações presentes em bancos de dados e a sua retificação.

Para encerrar a exposição referente aos institutos limitadores do campo de ação do mandado de segurança, fazem-se necessárias algumas considerações acerca da ação popular. Assim estabelece o inciso LXXIII do art. 5º da CRFB:

Art. 5º [...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

E, na doutrina, encontramos a seguinte definição para a ação popular:

instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.¹⁰⁶

Dessa forma, a ação popular tem por escopo resguardar interesses da coletividade, podendo ser proposta por qualquer cidadão. Essa não é a vocação do mandado de segurança individual e tampouco do mandado de segurança coletivo, mostrando-se incabível o manejo de um ou de outro para a proteção dos interesses da coletividade em abstrato. Nesse sentido, a Súmula 101 do STF.¹⁰⁷

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 553.

¹⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 342-343.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 464.

¹⁰⁷“SÚMULA N 101 O MANDADO DE SEGURANÇA NÃO SUBSTITUI A AÇÃO POPULAR.”

4.2 MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO E REPRESSIVO

O mandado de segurança não serve apenas para a correção de atos ilegais já consumados, podendo ser utilizado também nos casos em que exista tão-somente uma ameaça de concretização da ilegalidade. Nesse sentido, o art. 1º da Lei nº 12.016/09 menciona que o mandado de segurança será cabível sempre que alguém “sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la”, expressão idêntica à utilizada pelo diploma legal que anteriormente tratava da matéria, a Lei nº 1.533/51.

Via de regra, o mandado de segurança tem caráter repressivo, isto é, o impetrante vai a juízo devido a uma violação, já consumada, a direito seu. Para que ele possa se valer do mandado de segurança preventivo, é necessário que demonstre, nos termos da lei, o “justo receio” de sofrer tal violação. Celso Agrícola Barbi critica a expressão “justo receio”; ela, para o referido autor,

é inadequada como critério para fixação dos casos em que a ameaça ao direito justifique o recurso à via judicial, porque nitidamente subjetivo. O que deve importar não é o receio do autor, que varia conforme a sua sensibilidade. A nosso ver, o que deve ser qualificado não é o receio, mas a ameaça, que é elemento objetivo. Aquele é apenas o reflexo subjetivo desta, e não o elemento para a sua definição.¹⁰⁸

O pressuposto necessário à impetração do mandado de segurança preventivo não é, portanto, subjetivo, apesar do que a expressão “justo receio” possa sugerir; o que importa não é o temor do impetrante de que o ato lesivo venha a concretizar-se, mas a possibilidade de demonstração objetiva da ameaça. A respeito, a lição de Marinoni e Arenhart:

tendo em vista que o ato coator ainda não se concretizou, bastará ao requerente que demonstre objetivamente que há efetivo risco de que o ato venha a ocorrer. Vale dizer que o simples temor subjetivo da parte, de que possa ocorrer algum ato de autoridade lesivo ao seu interesse, é insuficiente para a concessão do mandado de segurança. É necessário que a ameaça que legitima o recurso a esta ação externe-se por elementos objetivos e concretos, que apontem para a efetiva lesão futura ao direito afirmado. Não basta, neste passo, a existência de temor subjetivo da parte, em relação à violação ulterior de seu direito; é necessário que este receio seja justificável de forma objetiva e concreta.¹⁰⁹

É necessário, portanto, que o impetrante traga à apreciação do juiz, a fim de demonstrar o justo receio, indícios de que o ato ilegal está realmente na iminência de concretizar-se. Para tanto, sugere Roberto Eurico Schmidt Junior a utilização de “recortes de jornais em que a autoridade apontada como coatora emita declaração que indica ou sugere que

¹⁰⁸ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 74.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 240.

o direito líquido e certo igual àquele de que o impetrante é detentor, será violado”;¹¹⁰ essa é uma possibilidade interessante a título de ilustração, mas vale ressaltar que os meios pelos quais o impetrante poderá fazer prova do justo receio são inúmeros.

Essa restrição, por assim dizer, ao uso mandado de segurança preventivo encontra sua razão de ser no fato de que ele não pode representar uma “carta branca” ao impetrante, para resguardá-lo de quaisquer ameaças futuras, ainda não passíveis de constatação. Nas palavras de Alfredo Buzaid, “não se presta o mandado de segurança à obtenção de sentença preventiva genérica, aplicável a todos os casos futuros da mesma espécie.”¹¹¹ A função do mandado de segurança é corrigir ou prevenir uma atuação ilegal específica do Poder Público, e não conceder um comando geral que venha a abarcar todas as possibilidades futuras de lesão ao direito do impetrante.

Não demonstrado o justo receio no mandado de segurança preventivo, será o impetrante carecedor de ação por falta de interesse de agir, como já mencionamos no capítulo anterior, e o feito deverá ser extinto, sem resolução de mérito.

4.3 ATO DE AUTORIDADE

A concessão do mandado de segurança pressupõe ilegalidade ou abuso de poder advindo de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. O remédio constitucional é, portanto, direcionado a um ato específico, tido por abusivo ou ilegal, de uma determinada autoridade. Não apenas os atos comissivos entram aqui; as omissões do Poder Público – muito frequentes no país, diga-se de passagem - também podem ser discutidas em sede de mandado de segurança, desde que ilegais e lesivas ao direito do impetrante. Como salienta José da Silva Pacheco, “a inércia administrativa, quando há dever de atuar, constitui forma abusiva de poder e, como tal, se ferir direito de terceiro, pode ensejar o mandado de segurança”.¹¹²

Para dar azo ao manejo do mandado de segurança, o ato deve ser ilegal ou abusivo, exigência expressa na Constituição Federal, que fala em “ilegalidade ou abuso de poder”.¹¹³ Soa um pouco redundante essa expressão, já que o abuso de poder pode ser incluído no

¹¹⁰ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **Mandado de Segurança**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1995. p. 19.

¹¹¹ BUZOID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 204.

¹¹² PACHECO, José da Silva. **O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 166.

¹¹³ Essa expressão foi utilizada pela primeira vez na Constituição de 1946, e esteve presente também na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969. A Constituição de 1934 foi a única a dispor de forma diferente: falava em “ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”. Maiores informações no capítulo 2.

conceito de ilegalidade. Nesse sentido, a lição de Bueno Vidigal: “Ilegalidade e abuso de poder são expressões que se equivalem. É, pelo menos, certo que não se pode conceber abuso de poder sem violação de lei.”¹¹⁴ E, no que tange especificamente à ilegalidade, deve-se dizer que ela não possui nada de especial, “é a mesma ilegalidade necessária à proteção ao direito pelas demais vias processuais.”¹¹⁵ Está abrangida nesse conceito a inconstitucionalidade, que, conforme é cediço, representa a forma mais grave de ilegalidade.

Autoridade coatora, nas palavras de José Cretella Júnior, “é todo agente direto ou indireto do Estado, responsável pela edição de ato que lese ou ameace lesar, por ação ou omissão, direito líquido e certo do indivíduo.”¹¹⁶ É, portanto, aquela autoridade pública a que pode ser imputada a responsabilidade pelo ato ou omissão atentatórios ao direito do impetrante. Não deve ser tido por autoridade coatora, para fins de impetração de mandado de segurança, o mero executor do ato, e sim aquele que detém sobre ele o efetivo poder de decisão. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles faz a distinção entre “autoridade pública” e “agente público”:

Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios e, por isso, não está sujeito ao mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior. Exemplificando: o porteiro é um agente público, mas não é autoridade; autoridade é o seu superior hierárquico, que decide naquela repartição pública. O simples executor não é coator em sentido legal; coator é sempre aquele que decide, embora muitas vezes também execute sua própria decisão, que rende ensejo à segurança. Atos de autoridade, portanto, são os que trazem em si uma decisão, e não apenas execução.¹¹⁷

A respeito da figura da autoridade coatora, o § 3º do art. 6º da Lei nº 12.016/09 assim estabelece: “Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.” Cassio Scarpinella Bueno critica a ambiguidade da redação conferida a esse dispositivo, sinalando que, ao contrário do que ele possa sugerir, o executor material do ato não está sujeito a mandado de segurança:

para identificação da autoridade coatora em mandado de segurança, a despeito da aparente alternativa que se extrai da redação do § 3º do art. 6º da Lei n. 12.016/2009, mister que ela tenha poder decisório ou deliberativo sobre a prática do ato ou a abstenção de praticá-lo. O mero executor material do ato, que apenas cumpre as ordens que lhe são dadas, não lhe cabendo questioná-las, não pode ser entendido

¹¹⁴ BUENO VIDIGAL, Luís Eulálio de. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: [s.n.], 1953. p. 144.

¹¹⁵ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 57.

¹¹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Do Mandado de Segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 143.

¹¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 33-34.

como autoridade coatora. É inconcebível, por exemplo, que se defenda a pertinência do cabimento do mandado de segurança contra o agente administrativo que, cumprindo ordens que lhe foram dadas, veda a entrada em um estabelecimento comercial, concretando a respectiva porta. O ato material de fechamento do estabelecimento é consequência do ato questionado. O mandado de segurança deve voltar-se à causa da ilegalidade ou da abusividade reclamada pelo impetrante, isto é, ao ato coator.¹¹⁸

4.4 CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Não é necessário, para fins de impetração de mandado de segurança, que o ato emane de autoridade pública propriamente dita; os representantes ou órgãos de partidos políticos, os administradores de entidades autárquicas e os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público, exclusivamente no que se refere a essas atribuições, podem estar sujeitos a mandado de segurança. A medida não é cabível, contudo, contra os atos de mera gestão comercial praticados pelos dirigentes de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público. É o que dispõe o art. 1º, §§ 1º e 2º da Lei nº 12.016/09,¹¹⁹ nos termos seguintes:

Art. 1º 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.

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

§ 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.

É importante frisar que não são apenas os atos diretamente emanados do Estado, propriamente, que podem sofrer correção judicial por meio do mandado de segurança. Não é decisivo que aquele que praticou o ato seja detentor de cargo público, como assinalam Marinoni e Arenhart:

Pouco importa se o agente infrator é ou não investido de cargo público, como deixa claro a redação dada pela Constituição de 1988 ao instrumento em estudo. Bastará que esteja exercendo poderes e atribuições públicos, para que possa estar sujeito ao mandado de segurança. Assim, admite-se a impetração de mandado de segurança contra ato de particular, desde que esteja no exercício de alguma atividade pública, como é o caso de empresas públicas que, no que respeita às suas atividades

¹¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

¹¹⁹ O § 1º do art. 1º da Lei nº 1.533/51 possuía uma redação semelhante à do § 1º do art. 1º da Lei nº 12.016/09, mas utilizava a expressão “funções delegadas do poder público”, mais restrita que a da nova lei, que faz alusão a “atribuições do poder público”.

negociais, não estão sujeitas a essa medida, podendo, porém, ser demandadas em mandado de segurança quando agirem como autoridades (em razão de licitação que pratiquem, de concursos para preenchimento de seus quadros etc.).¹²⁰

Nessa mesma linha, o entendimento cristalizado na Súmula 510 do STF.¹²¹

A mais corriqueira das hipóteses de impetração de mandado de segurança é contra atos administrativos típicos, emanados de autoridades vinculadas ao Poder Executivo. São inúmeros os exemplos que podem ser dados aqui: retenção de mercadorias por autoridade fiscal em face do não-pagamento de tributos, interdição de estabelecimento comercial por autoridade sanitária, cancelamento administrativo de benefício previdenciário, recusa de matrícula em instituição pública de ensino, ausência de repasse das verbas orçamentárias pelo prefeito municipal à câmara de vereadores, imposição de multa de trânsito decorrente de procedimento administrativo nulo etc. Pode-se dizer que a amplitude das possibilidades de impetração de mandado de segurança corresponde à amplitude do espectro de atuação da Administração Pública.

É, contudo, inviável o manejo do mandado de segurança contra “ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução.” (art. 5º, inciso I da Lei nº 12.016/09). No capítulo anterior, mencionamos que essa restrição está ligada ao interesse de agir; na pendência de recurso administrativo dotado de efeito suspensivo, o ato não estará produzindo efeitos e, portanto, não haverá lesão à esfera jurídica do particular. Inexiste, portanto, a necessidade de buscar a via judicial enquanto o recurso administrativo não for julgado. Segundo Hely Lopes Meirelles, exige-se

a exequibilidade ou a operatividade do ato a ser atacado pela segurança: a exequibilidade surge no momento em que cessam as oportunidades para os recursos suspensivos; a operatividade começa no momento em que o ato pode ser executado pela Administração ou pelo seu beneficiário.¹²²

Necessário ressaltar, contudo, que não há, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, a necessidade de esgotamento da via administrativa pela parte, como condição para o ingresso na via judicial; se o recurso administrativo com efeito suspensivo for interposto, deve-se aguardar o seu julgamento, mas, se transcorrer o prazo sem a sua interposição, ou se a parte renunciar ao direito de recorrer, abrem-se imediatamente as portas à utilização do mandado de segurança, pois o ato já estará produzindo efeitos. Outrossim, pode-se

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 239.

¹²¹ “SÚMULA Nº 510 PRATICADO O ATO POR AUTORIDADE, NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA DELEGADA, CONTRA ELA CABE O MANDADO DE SEGURANÇA OU A MEDIDA JUDICIAL.”

¹²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 42-43.

depreender, da leitura *a contrario sensu* do dispositivo legal, que, se for exigida caução para a interposição do recurso administrativo dotado de efeito suspensivo, não haverá óbice para a impetração, desde logo, do mandado de segurança. Da mesma forma, quando se tratar de ato omissivo, não existe essa restrição, “na medida em que o efeito suspensivo do recurso administrativo não é apto a conferir ao particular o efeito que espera.”¹²³ Nesse sentido, a Súmula 429 do STF.¹²⁴

A Lei nº 1.533/51 também vedava a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato sujeito a recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, e também não permitia que o mandado de segurança fosse utilizado para atacar ato disciplinar, exceto quando emanasse de autoridade incompetente ou não fosse observada formalidade essencial (art. 5º, incisos I e III, Lei nº 1.533/51).¹²⁵

A restrição ao uso do mandado de segurança contra ato disciplinar não permaneceu na Lei nº 12.016/09, não havendo em seu texto qualquer menção a respeito. Entendemos que a principal razão para isso deve ser buscada na própria evolução do direito administrativo brasileiro, impulsionada, sem dúvida, pela crescente importância dos direitos fundamentais nessa área: os atos disciplinares, que antes eram tidos como discricionários, ou seja, atos dotados de margem de apreciação quanto à conveniência e oportunidade e, portanto, insuscetíveis de análise do mérito na via judicial, passaram a ser entendidos como atos vinculados, estritamente ligados à determinação legal e amplamente sujeitos ao controle exercido pelo Poder Judiciário.¹²⁶

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 249.

¹²⁴ “SÚMULA Nº 429 A EXISTÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO COM EFEITO SUSPENSIVO NÃO IMPEDE O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA OMISSÃO DA AUTORIDADE.”

¹²⁵ “Art. 5º - Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.

III - de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.”

¹²⁶ Nesse sentido, o entendimento manifestado pela 3ª Seção do STJ, no julgamento do MS 13395/DF, datado de 29/10/2008:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. CONCESSÃO IRREGULAR DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. DEMISSÃO. FORMAÇÃO DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Asseverava a Súmula 343 desta Corte Superior que, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa, devia ser assegurada ao Servidor indiciado em Processo Administrativo Disciplinar a chamada defesa técnica, a ser exercida por meio de Advogado legalmente constituído, ou, na sua falta, por Defensor Dativo, designado pela própria Administração. 2. Porém, o enunciado da Súmula Vinculante 5, do colendo STF, estabeleceu diretriz oposta àquele entendimento, de sorte que o mesmo não tem mais aplicabilidade aos casos em que se alega violação ao devido processo legal, em decorrência da ausência de defesa técnica em Processo Administrativo Disciplinar. 3. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicos do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, a supressão da vedação ao mandado de segurança contra ato disciplinar é um dos pontos positivos da Lei nº 12.016/09:

mesmo que se trate de ato disciplinar, seu controle jurisdicional pelo mandado de segurança não pode ser descartado de plano. Faz-se necessário prévio exame do ato para verificar em que condições ele, embora discricionário ou, quando menos, rotulado de discricionário, foi praticado e em que condições os padrões de legalidade e de juridicidade que devem presidir a prática de qualquer ato administrativo foram observados, inclusive em se tratando de atos disciplinares. Se nesse exame se constatar que tais padrões foram devidamente observados – também no que diz respeito à competência do agente e à observância das “formalidades essenciais” –, descabe a declaração de nulidade do ato mesmo em sede de mandado de segurança. O que não pode prevalecer é que por detrás de um ato chamado de “discricionário” se esconda ilegalidade ou abusividade de poder. Havendo suspeita da ocorrência de qualquer desses vícios, o mandado de segurança (e, mais amplamente, o controle jurisdicional) tem pleno cabimento. Nesse sentido, o silêncio da nova Lei n. 12.016/2009 a respeito do assunto é novidade digna de destaque.¹²⁷

De acordo com as Súmulas 269 e 271 do STF,¹²⁸⁻¹²⁹ o mandado de segurança não constitui a via adequada para a cobrança de valores pretéritos à impetração. Vale dizer, “é inadequado para obter recebimento de quantias devidas pelo Poder Público, não sendo, pois, utilizável como ação de cobrança.”¹³⁰ Todavia, é evidente que a sentença proferida no mandado de segurança poderá dispor sobre efeitos patrimoniais futuros (a restituição de um benefício previdenciário ilegalmente cancelado, por exemplo); além disso, parcelas relativas ao período em que a ação está em curso também podem ser pleiteadas, como na hipótese do § 4º do art. 14 da Lei nº 12.016/09.¹³¹ O que não se admite é a cobrança de valores devidos previamente à impetração da medida, que devem ser buscados por vias próprias.

contra eventual arbítrio, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais. Precedentes. 4. É inegável que o Processo Administrativo que resultou na pena de demissão do impetrante não se lastreou em provas evasivas ou critérios destituídos de valor; teve seu início com a apuração de irregularidades documentadas pela auditoria do próprio órgão e os fatos apontados foram, posteriormente, devidamente corroborados pela robusta prova documental e pelo depoimento de testemunhas. 5. A penalidade foi imposta a partir de elementos convincentes da postura censurável do impetrante, (que figura como indiciado em mais dois PADS e já foi penalizado com suspensão por outro), em relação às suas responsabilidades funcionais, aferidos em procedimento realizado em harmonia com os princípios embasadores da atividade sancionadora da Administração, sobremaneira o da proporcionalidade e razoabilidade. 6. Ordem denegada.”

¹²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40-41.

¹²⁸ “SÚMULA Nº 269 O MANDADO DE SEGURANÇA NÃO É SUBSTITUTIVO DE AÇÃO DE COBRANÇA.”

¹²⁹ “SÚMULA Nº 271 CONCESSÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA NÃO PRODUZ EFEITOS PATRIMONIAIS EM RELAÇÃO A PERÍODO PRETÉRITO, OS QUAIS DEVEM SER RECLAMADOS ADMINISTRATIVAMENTE OU PELA VIA JUDICIAL PRÓPRIA.”

¹³⁰ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 84.

¹³¹ “Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 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.”

Atos emanados do Poder Legislativo também podem ser impugnados pela via do mandado de segurança. A Constituição Federal admitiu expressamente tal possibilidade em relação aos atos das Mesas da Câmara e do Senado, em seu art. 102, inciso I, alínea “d”.¹³² Há, contudo, importantes limitações ao emprego da medida nesse âmbito. Conforme assinala Hely Lopes Meirelles,

Os atos praticados por parlamentares na elaboração da lei, na votação de proposições ou na administração do Legislativo entram na categoria de atos de autoridade e expõem-se a mandado de segurança, desde que infrinjam a Constituição ou as normas regimentais da Corporação e ofendam direitos ou prerrogativas do impetrante.¹³³

É possível, portanto, a impetração de mandado de segurança quando houver irregularidade na tramitação, ou seja, falha no processo de elaboração da lei, e quando se tratar de ato administrativo emanado do Legislativo, “atos inerentes à autonomia e ao bom funcionamento daquele Poder”,¹³⁴ como as nomeações e exonerações dos servidores de suas Casas.

Torna-se problemática a questão quando o ato impugnado for aquele que corresponde à própria razão de ser do Poder Legislativo: a lei. A Súmula 266 do STF¹³⁵ consagrou o entendimento de que o mandado de segurança não constitui o meio adequado para atacar lei em tese. Trata-se, na verdade, de uma restrição com propósito bastante claro: a lei, como norma geral e abstrata que é, não tem o condão de lesar, de forma direta, qualquer direito individual. Como leciona Sergio Sahione Fadel,

Sendo a lei um comando geral, impessoal e abstrato, decorre a inaceitabilidade da impetração contra ela, pela simples razão de que o mandado de segurança é uma garantia individual destinada a proteger um direito ameaçado ou violado por um ato comissivo ou omissivo de autoridade. Como a lei não se aplica por si mesma, mas é imposta aos administrados pelas autoridades competentes, segue-se que contra a sua aplicação concreta ao indivíduo, ou a favor dela nos casos de omissão de quem de direito, é que se poderá intentar o remédio heroico.¹³⁶

¹³² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;”

¹³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 35.

¹³⁴ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 111.

¹³⁵ “SÚMULA Nº 266 NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE.”

¹³⁶ FADEL, Sergio Sahione. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1976. p. 52-53.

Acrescentamos que considerar o mandado de segurança a via adequada para a discussão de lei em tese implicaria em uma evidente e inaceitável afronta à separação dos poderes, na medida em que o Judiciário passaria a deter o poder de analisar o mérito do ato legislativo. Nosso ordenamento jurídico não coloca o mandado de segurança entre as ações que possuem a própria lei por objeto (como, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade), nas quais se avalia a conformidade do ato legislativo com a norma superior, a Constituição.

É possível, contudo, a utilização do mandado de segurança para atacar lei de efeitos concretos, quando o que se tem, na verdade, é meramente um ato administrativo revestido da forma legal, livre das características de generalidade e abstração. A respeito, a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais, as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos específicos, individuais ou coletivos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança.¹³⁷

Deve-se, portanto, atentar não para o aspecto formal da lei (o mesmo valendo para atos normativos do Poder Executivo), e sim para o seu aspecto material: vislumbrando-se a produção imediata de efeitos individuais e concretos em relação ao destinatário da norma, poderá ele valer-se do mandado de segurança.¹³⁸

¹³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 40.

¹³⁸ A 1ª Câmara Cível do TJRS entendeu ser cabível o mandado de segurança contra lei complementar municipal que havia instituído a incidência de ISS sobre os serviços notariais e de registros, por tratar-se de lei de efeitos concretos, no julgamento da Apelação Cível nº 70022321970, ocorrido em 19/12/2007:

“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. SERVIÇOS REGISTRALIS E NOTARIAIS. INVIABILIDADE DA COBRANÇA. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA LEI. PRELIMINAR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESCABIMENTO. Cabível a impetração do mandado de segurança, face aos efeitos concretos de Lei Municipal inquinada de inconstitucional pela impetrante, não figurando hipótese de impugnação à lei em tese. ISS. SERVIÇOS REGISTRALIS E NOTARIAIS. Inviabilidade de tributar pelo ISS o serviço público prestado pelos Notários e Registradores, que não perde a característica de público tão só pelo fato de ser prestado por particular, pois por delegação do Poder Público. Natureza essencialmente estatal de tais atividades administrativas. Óbice expresso para a cobrança ante a regra inserta no art. 150, VI, a, da CF/88. Natureza tributária dos emolumentos cobrados pelos Notários e Registradores, qualificando-os como taxas, conforme precedentes do STF. Cobrança do imposto que, em tais circunstâncias, importaria em dupla tributação. Violação à imunidade recíproca estabelecida na Carta da República. A possibilidade de cobrança do ISS sobre serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço, pressupõe, necessariamente, que seja de forma lucrativa. Inteligência

Outro ponto a ser destacado é o cabimento do mandado de segurança contra deliberações legislativas. A atuação discricionária do Poder Legislativo está limitada ao conteúdo da lei, e não abrange os aspectos formais do processo legislativo, que são estritamente vinculados. Na lição de Alfredo Buzaid,

A feitura das leis e de outras deliberações legislativas está subordinada a um conjunto de regras, de cuja observância depende a sua validade. Os corpos legislativos não podem agir livremente; estão sujeitos à observância dos trâmites legais; e se violam ou excedem as regras constitucionais ou regimentais, é lícito ao Poder Judiciário examinar os vícios e nulidades da elaboração legislativa e negar aplicação à lei confeitada sem o cumprimento das normas constitucionais, legais e regimentais.¹³⁹

Hely Lopes Meirelles salienta que, nesse caso, possuem legitimidade para a impetração do mandado de segurança “tanto o lesado pela aplicação da norma ilegalmente elaborada quanto o parlamentar prejudicado no seu direito público subjetivo de votá-la regularmente.”¹⁴⁰ O indigitado mestre, contudo, faz a ressalva de que os atos *interna corporis* do Poder Legislativo, ou seja, “aquelas deliberações do Plenário, das Comissões ou da Mesa que entendem direta e exclusivamente com as atribuições e prerrogativas da Corporação”,¹⁴¹ não estão sujeitos à apreciação judicial e, portanto, contra eles não cabe mandado de segurança.

4.5 O CASO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

Fortemente controversa é, em nosso direito, a questão do mandado de segurança contra ato judicial, merecendo, por essa razão, tratamento em um tópico à parte.

As controvérsias a respeito começaram logo após o surgimento do instituto, na Constituição de 1934. Alguns magistrados não admitiam que a decisão judicial fosse impugnada através de mandado de segurança, outros entendiam haver tal possibilidade, mas com grandes restrições, e ainda outros permitiam a sua utilização de forma ampla. A Lei nº 1.533/51 estabeleceu, em seu art. 5º, inciso II,¹⁴² não ser cabível o mandado de segurança

do art. 1.º, § 3.º, da Lei Complementar n.º 116/03. Indevida ingerência fiscalizatória do Município sobre tais serventias, por força dos efeitos fiscais da incidência do ISS sobre os serviços prestados pelos Notários e Registradores e obrigações acessórias daí decorrentes. Fiscalização própria e específica do Poder Judiciário Estadual. Tratando-se de serviço público por delegação do Estado e sob a fiscalização do Poder Judiciário, não tem o Município competência para autorizar ou não a sua prestação. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.”

¹³⁹ BUZOID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 131.

¹⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 41.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 36.

¹⁴² “Art. 5º - Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

quando a parte pudesse interpor o recurso correspondente, previsto na legislação processual, e quando o ato jurisdicional pudesse ser modificado através de correição. O tratamento dado pela lei à matéria, contudo, não foi capaz de eliminar as divergências em torno dela, permanecendo a discussão relativa à possibilidade de utilização da medida contra atos sujeitos a recurso para o qual não era previsto o efeito suspensivo. E a Súmula 267 do STF,¹⁴³ que rechaçava categoricamente a possibilidade de impetração contra ato sujeito a recurso ou correição, acabou por ter seu rigor abrandado pela mesma corte que a editou, sendo paradigmático o julgamento proferido no Recurso Extraordinário 76.909/RS, realizado em 05/12/1973.¹⁴⁴

Hoje, diante do atual quadro constitucional, resta clara a possibilidade de impetração do mandado de segurança contra atos emanados do Poder Judiciário, já que a Constituição fez referência aos atos de autoridade pública como autorizadores da medida, não excepcionando as autoridades judiciárias. Portanto, não existindo essa restrição no texto constitucional, conclusão diversa da possibilidade de admissão implicaria em uma inaceitável mutilação do mandado de segurança, mormente considerando o seu caráter de garantia fundamental. Há, contudo, limitações legais e jurisprudenciais à utilização do remédio nesse âmbito.

A primeira delas está no inciso II do art. 5º da Lei nº 12.016/09:¹⁴⁵ não cabe mandado de segurança quando a decisão judicial estiver sujeita a recurso dotado de efeito suspensivo. Essa restrição tem o evidente propósito de impedir que a utilização desenfreada do mandado de segurança venha a subverter o sistema recursal da legislação processual pátria, sobrecarregando o Poder Judiciário com demandas desnecessárias. Como assinala Arruda Alvim, “o meio ‘normal’ de se impugnar as decisões judiciais são os recursos e admitir-se o uso do mandado de segurança contra os atos do juiz, de forma absolutamente indiscriminada faria desmontar todo o sistema recursal, tornando-o inócuo.”¹⁴⁶

II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção.”

¹⁴³ “SÚMULA Nº 267 NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL PASSÍVEL DE RECURSO OU CORREIÇÃO.”

¹⁴⁴ No referido acórdão, sedimentou-se o entendimento no sentido de que a possibilidade de mandado de segurança contra ato judicial dependia da inexistência de recurso dotado de efeito suspensivo e da possibilidade de ser causado um dano irreparável ao impetrante. Eis a ementa:

“1. AÇÃO DE SEGURANÇA FORMULADA PARA IMPUGNAR ATO JUDICIAL. É ADMISSÍVEL NO CASO EM QUE DO ATO IMPUGNADO ADVENHA DANO IRREPARÁVEL CABALMENTE DEMONSTRADO. 2. VOTOS VENCIDOS. 3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO MAS NÃO PROVIDO.”

¹⁴⁵ “Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;”

¹⁴⁶ ALVIM, Arruda. **Mandado de Segurança e Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 68.

E, da leitura *a contrario sensu* do mencionado dispositivo, pode-se depreender que, quando não houver previsão legal para a concessão de efeito suspensivo ao recurso, ou, ainda, quando o ato judicial impugnado for irrecorrível, o remédio poderá ser utilizado, já que não há a possibilidade de impedir, pela via recursal, a lesão ao direito da parte. Na admirável exposição de Scarpinella Bueno:

Em suma: toda vez que se puder evitar a consumação da lesão ou da ameaça pela utilização do próprio sistema recursal, interpretando-o de forma tal que ele, por si próprio, independentemente de qualquer outra medida, tenha aptidão para evitar a consumação de dano irreparável ou de difícil reparação para o recorrente, e pela dinâmica do efeito suspensivo dos recursos, forte no que dispõem o *caput* e o parágrafo único do art. 558, descabe o mandado de segurança contra ato judicial à minguada de interesse jurídico na impetração. Inversamente, toda vez que o sistema recursal não tiver aptidão para evitar a consumação de lesão ou ameaça na esfera jurídica do recorrente, toda vez que não se aceitar uma interpretação ampla suficiente das regras processuais para evitar uma dada situação de ameaça ou de lesão ao recorrente, o mandado de segurança contra ato judicial tem pleno cabimento.¹⁴⁷

É necessário, obviamente, que estejam presentes os pressupostos para a impetração, vale dizer, o impetrante deve demonstrar que a autoridade judiciária agiu de forma ilegal ou abusiva e, com isso, acabou por ofender direito líquido e certo de sua titularidade. Saliente-se que a jurisprudência do STJ vem sendo especialmente rigorosa na admissão do mandado de segurança contra ato judicial, na tentativa de não banalizar o seu uso.¹⁴⁸

Subjacente a esse entendimento está, sem dúvida, o receio de que venha a se repetir o que ocorria tempos atrás, quando o mandado de segurança era utilizado massivamente para conferir efeito suspensivo aos recursos que não o possuíam. Essa utilização desproporcional da medida veio a diminuir drasticamente após a edição da Lei nº 9.139/95, que alterou de

¹⁴⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 5: Recursos, Processos e Incidentes nos Tribunais, Sucedâneos Recursais: Técnicas de Controle das Decisões Jurisdicionais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 482.

¹⁴⁸ No recente julgamento do AgRg no MS 17468/DF, datado de 29/08/2012, a Corte Especial do STJ decidiu que o mandado de segurança contra ato judicial somente pode ser utilizado em situações teratológicas, capazes de provocar dano irreparável ao impetrante. Veja-se a ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. MANDAMUS IMPETRADO CONTRA ATO JUDICIAL. TERATOLOGIA OU PREJUÍZO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, em situações teratológicas, abusivas, que possam gerar dano irreparável, o recurso previsto não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, admite-se que a parte se utilize do mandado de segurança contra ato judicial, o que não se verifica no caso em exame. 2. O acórdão impugnado - proferido pela Corte Especial nos autos do AgRg no AgRE nos EDcl no RE nos EDcl no AgRg no REsp 893.347/RS, Rel. Min. Felix Fischer - atuou mediante plena observância das normas de regência, não configurando a prática de nenhum ato com os vícios acima referidos. Em cumprimento à determinação da Suprema Corte, processou e julgou o pedido formulado como agravo regimental, aplicando o entendimento firmado a respeito da matéria. 3. O fato de a parte ter percorrido todas as instâncias jurisdicionais e, eventualmente, interposto todos os recursos cabíveis, por si só, não autoriza a impetração do mandado de segurança. 4. O art. 10, caput e § 1º, da Lei 12.016/09 autoriza o relator a indeferir a inicial ‘quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais’. 5. Agravo regimental não provido.”

forma substancial as disposições do Código de Processo Civil relativas ao agravo de instrumento, permitindo que o relator atribísse efeito suspensivo ao recurso, possibilidade que não existia anteriormente. Nos dias atuais, como reconhecem os atualizadores de Hely Lopes Meirelles, “caiu em certo desuso o emprego do mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso”¹⁴⁹, certamente em razão das reformas à legislação processual que ampliaram as possibilidades de sua concessão, embora as recentes alterações na sistemática do agravo de instrumento pela Lei nº 11.187/05, dentre as quais está a irrecorribilidade da decisão do relator que atribui ou deixa de atribuir efeito suspensivo ao recurso, tenham criado uma nova situação que, em tese, ensejaria o cabimento do mandado de segurança.¹⁵⁰

¹⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48.

¹⁵⁰ A Primeira Turma do STJ decidiu, no julgamento do RMS 25949/BA, na data de 04/03/2010, ser cabível o mandado de segurança contra a decisão do relator que defere ou indefere o pedido de agregação de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, face à impossibilidade de sua impugnação mediante agravo interno. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE INDEFERE PEDIDO DE LIMINAR (ART. 527, PARÁGRAFO ÚNICO). IRRECORRIBILIDADE. SÚMULA 267/STF. NÃO INCIDÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR. INDISPONIBILIDADE E SEQÜESTRO DE BENS. DEFERIMENTO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS ANTES DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. POSSIBILIDADE. ARTS. 7º E 16 DA LEI 8429/92. 1. A decisão do relator que defere ou infere o pedido de efeito suspensivo, no âmbito de agravo de instrumento, mercê da impossibilidade de sua revisão mediante a interposição de agravo previsto em regimento interno, porquanto sujeita apenas a pedido de reconsideração (parágrafo único do art. 527, do CPC), desafia a impetração de mandado de segurança, afastando, outrossim, a incidência da Súmula 267/STF. Precedentes do S.T.J: REsp1032924/DF, QUINTA TURMA, DJ de 29/09/2008; RMS 25619/BA, QUARTA TURMA, DJ de 01/09/2008; MC 14561/BA, TERCEIRA TURMA, DJ de 08/10/2008; RMS 25143/RJ, TERCEIRA TURMA, DJ 19.12.2007; e RMS 22847/MT, TERCEIRA TURMA, DJ 26.03.2007. 2. Ressalva do Relator no sentido de que: 2.1. O legislador no novel parágrafo único do art. 527, do CPC, explicita que a decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III, somente é passível de reforma quando do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar; 2.2. O escopo de celeridade e redução recursal enquadra a irrecorribilidade da decisão monocrática do relator que confere efeito suspensivo ou ativo ao agravo ou o indefere, bem como da que determina a conversão de um tipo em outro. É que o agravo interno ou regimental é substituído pelo pedido de reconsideração. 2.3. Consoante a doutrina do tema: “(...) Essa novel técnica vai ressuscitar duas questões importantes a saber: a inconstitucionalidade de eclipsar-se nas mãos do relator um julgamento que deveria ser colegiado por força da cláusula pétrea da ampla defesa, a qual abarca o duplo grau de jurisdição e a utilização, outrora promíscua, do mandado de segurança substitutivo de recurso. Nada obstante, segundo o legislador, a mola propulsora dessa reforma pontual foi: ‘o escopo de alterar a sistemática de agravos, tornando regra o agravo retido, e reservando o agravo de instrumento para as decisões suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, e outras especificadas na redação proposta da alínea b, do § 4º do art. 523 do Código de Processo Civil’. Ademais, prevê que, das decisões dos relatores, ao mandar converter os agravos de instrumento em retidos, ou ao deferir ou indeferir o chamado efeito ativo, não mais caberá agravo interno (que, aliás, na segunda hipótese vários tribunais já atualmente não admitem), sem prejuízo da faculdade de o relator reconsiderar sua decisão. É interessante evitar a superposição, a reiteração de recursos, que ao fim e ao cabo importa maior retardamento processual, em prejuízo do litigante a quem assiste a razão (...)” in Curso de Direito Processual Civil - Processo de Conhecimento, Luiz Fux, 2008, Forense, Rio de Janeiro, p. 846-847. 3. In casu, o recurso ordinário foi interposto contra o indeferimento da inicial de Mandado de Segurança impetrado em face do indeferimento de efeito suspensivo, requerido no âmbito de agravo de instrumento, apreciado pelo colegiado local em sede de agravo regimental. 4. A ausência de análise meritória do mandamus, cuja inicial restou indeferida in limine pelo Tribunal local, com supedâneo na Súmula 267/STF, conduz à inaplicabilidade do § 3º do art. 515, vedando, a fortiori, o exame do indeferimento do pedido de efeito suspensivo veiculado no AG 11959-7/2007 manejado contra a concessão de liminar inaudita altera pars, em sede de ação civil publica por ato de improbidade administrativa, que determinou o afastamento do demandado, ora

Ao lado da hipótese da decisão judicial sujeita a recurso com efeito suspensivo, a Lei nº 12.016/09 estabelece, em seu art. 5º, inciso III,¹⁵¹ que não cabe mandado de segurança contra a coisa julgada. Mesmo que a Lei nº 1.533/51 não tenha feito nenhuma referência a esse respeito, não se trata de uma inovação da lei atual, pois a matéria já estava consolidada na jurisprudência (Súmula 268, STF).¹⁵² Acerca da importância e da caracterização da coisa julgada, leciona Buzaid:

A coisa julgada é um instituto de direito processual e a sua importância é de tal ordem que a Constituição da República veda que o Congresso edite qualquer lei que a prejudique (art. 5º, XXXVI). O que caracteriza a coisa julgada é, pois, uma qualidade especial da sentença, que consiste na imutabilidade do ato jurisdicional (coisa julgada formal) e na indiscutibilidade dos seus efeitos (coisa julgada material). Tal é a doutrina de LIEBMAN, que o Código de Processo Civil brasileiro abraçou.¹⁵³

A restrição ao mandado de segurança nesse caso encontra seu fundamento no fato de que a coisa julgada somente pode ser atacada por meio de ação rescisória, nos termos do art. 485 e seguintes do Código de Processo Civil. Ou seja, a lei processual prevê um meio específico para o ataque às decisões judiciais transitadas em julgado, e “nem a Constituição da República, nem qualquer lei no Brasil atribui ao mandado de segurança o caráter de substitutivo ou equivalente da ação rescisória.”¹⁵⁴

Por derradeiro, cumpre salientar que os atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário, dentre os quais Cretella Júnior enumera os “casos de nomeações, suspensões, licenças de funcionários, concessões de férias, aposentadorias”,¹⁵⁵ não possuem a mesma natureza dos atos jurisdicionais e estão, pacificamente, sujeitos à impetração de mandado de segurança.

recorrente, titular de mandato eletivo, pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias), sem prejuízo do recebimento de seus vencimentos, bem como a indisponibilidade de seus bens (fls. 41/46). 5. Recurso Ordinário provido para determinar que o Tribunal a quo examine o mérito do mandamus.”

¹⁵¹ “Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

III - de decisão judicial transitada em julgado.”

¹⁵² “SÚMULA Nº 268 NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO.”

¹⁵³ BUZOID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 140.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 142.

¹⁵⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Do Mandado de Segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 147.

5 RELAÇÃO PROCESSUAL NO MANDADO DE SEGURANÇA

Entramos agora no capítulo mais extenso do presente trabalho, dedicado à análise do procedimento no mandado de segurança, que, como já tivemos a oportunidade de referir, é bastante singular. Começaremos pela questão – extremamente controversa – do prazo decadencial de cento e vinte dias para a impetração da medida.

5.1 PRAZO PARA IMPETRAÇÃO

O art. 23 da Lei nº 12.016/09 assim estabelece: “O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.” Esse dispositivo limitou-se a repetir a redação conferida ao art. 18 da Lei nº 1.533/51; outros, redigidos de forma quase idêntica, já constavam da Lei nº 191/36 (art. 3º) e do Código de Processo Civil de 1939 (art. 331).

Estabeleceu-se há muito tempo uma enorme controvérsia acerca da constitucionalidade de tal limitação por lei ordinária. Com efeito, não há na Constituição qualquer alusão a prazo para requerer a segurança, e a sua fixação pela legislação infraconstitucional representa um obstáculo não previsto constitucionalmente à sua utilização, o que claramente vai de encontro à concepção do mandado de segurança como garantia fundamental, que deve ser tratada de modo a conferir-lhe a maior eficácia possível. Nas palavras de Marinoni e Arenhart,

Muito se discutiu – especialmente na vigência da lei anterior – a respeito da constitucionalidade desse dispositivo, já que o texto constitucional em nenhum momento alude a prazo ou a essa espécie de condicionante para a impetração desse remédio. Ora, em se tratando de garantia constitucional, não se pode admitir que o direito infraconstitucional limite aquilo que não foi expressamente desejado pelo texto da Constituição da República. É evidente que a imposição de prazo para a impetração da segurança constitui severo obstáculo ao acesso a esta via, especialmente quando o prazo é relativamente exíguo – se comparado aos prazos de prescrição tradicionais. Daí a conclusão de que a imposição desse prazo para a impetração da segurança seria inconstitucional.¹⁵⁶

Cassio Scarpinella Bueno também reconhece a inconstitucionalidade da norma fixadora de prazo decadencial para a impetração:

Como a nova regra pretende, a exemplo das que lhe eram anteriores, limitar o exercício do mandado de segurança a determinado prazo, não há como negar a sua inconstitucionalidade. A previsão do mandado de segurança como direito e garantia

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 242.

individual e coletivo não aceita, máxime diante do que se extrai do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, limitações temporais.¹⁵⁷

A ideia da inconstitucionalidade dessa limitação é reforçada pelo fato de que a legislação infraconstitucional não prevê qualquer espécie de prazo para a impetração do *habeas corpus*, que é, com toda certeza, o instituto mais próximo ao mandado de segurança em nosso direito - Sergio Fadel chega a dizer, em uma expressão muito feliz, que o mandado de segurança é “o irmão civil do *habeas corpus*.”¹⁵⁸ Não há motivo plausível para que uma garantia seja seriamente restringida, através da fixação de prazo, enquanto a outra, não.

A questão, contudo, acabou por ser resolvida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade da norma fixadora do prazo, através da Súmula nº 632,¹⁵⁹ editada ainda na vigência da Lei nº 1.533/51. Entendeu o Pretório Excelso tratar-se de uma mera conformação da garantia constitucional pela lei ordinária, ou seja, o simples desenho do perfil do mandado de segurança no plano infraconstitucional, já que à Constituição não foi possível mencionar todas as suas peculiaridades. Apesar da pacificação da matéria, Marinoni e Arenhart assinalam ser “altamente questionável a solução dada pela Suprema Corte, porque dificilmente se pode enxergar aí mera conformação do direito constitucional por normas infraconstitucionais”,¹⁶⁰ observação com a qual concordamos integralmente.

Superada a questão atinente à constitucionalidade, passamos à análise das características desse prazo. De acordo com o entendimento consolidado na própria Súmula 632 do STF, o aludido prazo é decadencial, ou seja, transcorridos os cento e vinte dias opera-se a extinção do próprio direito à impetração do mandado de segurança. Nas palavras de Celso Agrícola Barbi, o prazo para requerer a medida “tem em vista a forma processual e não a relação jurídica substancial; por isso, não é considerado pela doutrina, acertadamente, como prazo de prescrição, mas sim como de decadência, insuscetível, portanto, de interrupção ou suspensão.”¹⁶¹ Observar, como fez o indigitado mestre, que o prazo se refere à forma processual e não à relação jurídica substancial equivale a dizer que o escoamento desse prazo atinge o direito ao mandado de segurança, ou seja, perde-se apenas a possibilidade de

¹⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 184.

¹⁵⁸ FADEL, Sergio Sahione. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1976. p. 36.

¹⁵⁹ “SÚMULA Nº 632 É CONSTITUCIONAL LEI QUE FIXA O PRAZO DE DECADÊNCIA PARA A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA.”

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 242.

¹⁶¹ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 153.

utilização da via especial, e não o próprio direito material, que ainda poderá ser buscado por outros meios, especialmente a ação ordinária.

Conta-se o prazo a partir da ciência, pelo interessado, do ato impugnado – vale dizer, a partir do momento em que se deu publicidade ao ato, seja por publicação, seja por notificação individual. À primeira vista, o problema pode parecer de fácil solução, mas há alguns casos especiais que pedem um olhar mais atento.

O primeiro deles é o do mandado de segurança preventivo. Nesse caso, não se inicia a contagem do prazo decadencial para a impetração, já que o ato impugnado ainda não se materializou e “seria impossível determinar-se o momento em que o impetrante sentiu o justo receio de ver o seu direito líquido e certo violado, ou ameaçado, pela ação ou omissão da autoridade.”¹⁶²

Outrossim, se houver a possibilidade de interposição de recurso administrativo com efeito suspensivo, o prazo não correrá enquanto a parte não for intimada do julgamento do recurso, pois até lá o ato coator terá seus efeitos obstados (lembramos que existe vedação legal à impetração de mandado de segurança na pendência de recurso administrativo dotado de efeito suspensivo).¹⁶³ Por outro lado, renunciando a parte à interposição do recurso administrativo, a data em que seu prazo se esgotou marca o início do prazo para requerer mandado de segurança. Além disso, o referido prazo não é interrompido por eventual pedido de reconsideração na esfera administrativa (Súmula 430, STF),¹⁶⁴ “salvo se a lei lhe der efeito suspensivo.”¹⁶⁵

Sobre a hipótese dos atos de trato sucessivo, observa Alfredo Buzaid: “cada qual é considerado autonomamente para o efeito de fixação do prazo para impetração de mandado de segurança.”¹⁶⁶ Significa dizer que o prazo se renova a cada vez que o ato for praticado.

Esse raciocínio é aplicável também aos atos omissivos: é, atualmente, pacífico o entendimento no sentido de que, em se tratando de omissão da autoridade, “o prazo decadencial de cento e vinte dias começa a correr a partir do momento em que se esgotou o prazo legal estabelecido para a autoridade impetrada praticar o ato cuja omissão se ataca”¹⁶⁷; porém, quando se tratar de ato omissivo continuado, renova-se o prazo a cada nova omissão.

¹⁶² SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **Mandado de Segurança**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1995. p. 41.

¹⁶³ Ver capítulo 4, item 4.4.

¹⁶⁴ “SÚMULA Nº 430 PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA NÃO INTERROMPE O PRAZO PARA O MANDADO DE SEGURANÇA.”

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 62.

¹⁶⁶ BUZOID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 162.

¹⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 64.

O prazo para a impetração do mandado de segurança tem, como já mencionamos, natureza decadencial – “uma vez iniciado, flui continuamente; não se suspende nem se interrompe.”¹⁶⁸ Admite-se, entretanto, a sua prorrogação para o primeiro dia útil seguinte, quando seu termo final coincidir com data em que não há expediente forense.

5.2 COMPETÊNCIA

Regra geral, a competência para o julgamento do mandado de segurança decorre da qualificação da autoridade coatora, e não da natureza da questão levada a juízo. Significa dizer que deve, ao menos em princípio, ser considerada, para fins de determinação da competência, a função exercida pela autoridade que praticou o ato impugnado, e não as características do próprio ato.

Ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar os mandados de segurança “contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal”, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “d” da CRFB.

Ao Superior Tribunal de Justiça compete processar e julgar os mandados de segurança “contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal”, nos termos do art. 105, inciso I, alínea “b” da CRFB.

Aos Tribunais Regionais Federais compete processar e julgar os mandados de segurança “contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal”, nos termos do art. 108, inciso I, alínea “c” da CRFB, enquanto aos juízes federais compete processar e julgar os mandados de segurança “contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais”, nos termos do art. 109, inciso VIII da CRFB. No que tange à competência da Justiça Federal, o art. 2º da Lei nº 12.016/09 possui uma regra específica: “Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.” Essa disposição legal, que é semelhante, embora mais abrangente, do que aquela do art. 2º da Lei nº 1.533/51,¹⁶⁹ constitui uma exceção à regra da definição da competência com base na categoria da autoridade e não na natureza do ato.

¹⁶⁸ BUZUID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 160.

¹⁶⁹ “Art. 2º - Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela união federal ou pelas entidades autárquicas federais.”

No que tange à competência dos Tribunais de Justiça dos estados e dos juízes de direito, a CRFB não estabeleceu nenhuma regra específica, remetendo, em seu art. 125, § 1º,¹⁷⁰ a regulamentação da questão às constituições estaduais. Portanto, cada um dos estados federados possui as suas próprias regras de competência para o julgamento dos mandados de segurança impetrados em face de atos praticados por autoridades estaduais.¹⁷¹ Pode-se, contudo, afirmar que será sempre dos Tribunais de Justiça a competência para o julgamento dos mandados de segurança contra os juízes de direito (já que a competência no mandado de segurança contra ato judicial segue a competência recursal)¹⁷² e contra seus próprios atos (art. 21, inciso VI da Lei Orgânica da Magistratura Nacional).¹⁷³ Não sendo hipótese de impetração perante o Tribunal de Justiça, a competência irá recair sobre o juízo de primeiro grau. Nesse caso, no que tange à questão territorial, “será competente o juízo do local da sede da autoridade coatora.”¹⁷⁴ Deve-se, ainda, atentar para a existência de varas privativas nas comarcas.

Por fim, a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral detêm competência para o julgamento dos mandados de segurança que envolvam matéria trabalhista e matéria eleitoral, respectivamente.

5.3 PARTES

Dá-se o nome de “impetrante” à parte que promove o ajuizamento da ação de mandado de segurança e de “impetrado” à autoridade responsável pela prática do ato impugnado. O Ministério Público atua no processo na condição de *custos legis*.

No que tange à figura do impetrante, já analisamos as suas características quando tratamos, no capítulo 3, sub-item 3.2.1, da questão da legitimação ativa. Por essa razão, limitamo-nos a remeter para lá o leitor, com o objetivo de evitar fastidiosa tautologia.

¹⁷⁰ “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.”

¹⁷¹ No caso específico do Rio Grande do Sul, a Constituição Estadual prevê, em seu art. 95, inciso XII, alínea “b”, que o Tribunal de Justiça detém a competência para processar e julgar os mandados de segurança “contra atos ou omissões do Governador do Estado, da Assembleia Legislativa e seus órgãos, dos Secretários de Estado, do Tribunal de Contas do Estado e seus órgãos, dos Juízes de primeira instância, dos membros do Ministério Público e do Procurador-Geral do Estado”.

¹⁷² A Súmula 376 do STJ estabelece, contudo, tratamento distinto para os atos praticados no âmbito do juizado especial: “Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.”

¹⁷³ “Art. 21 - Compete aos Tribunais, privativamente:

VI - julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções.”

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 248.

Da mesma forma, no tocante ao impetrado, já tivemos a oportunidade de analisar, no capítulo 3, sub-item 3.2.2, os diferentes pontos de vista acerca do problema do ocupante do polo passivo no mandado de segurança, e concluímos que a razão está com os que defendem que o “réu” nesse tipo de demanda é a pessoa jurídica de direito público e não a autoridade coatora. E, quanto à questão atinente à determinação da autoridade coatora, já nos manifestamos no capítulo 4, item 4.3. Entendemos ser desnecessário retomar a exposição nesse momento, e vamos apenas deixar as referências ao leitor.

Resta a análise da questão relativa à possibilidade de formação de litisconsórcio no mandado de segurança, tanto ativo quanto passivo.

Tal possibilidade encontra-se fora de dúvida, pois expressamente prevista pelo art. 24 da Lei nº 12.016/09, que assim estabelece: “Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.” Os mencionados artigos do CPC são os que tratam do litisconsórcio. Registre-se que já havia previsão nesse sentido no art. 19 da Lei nº 1.533/51.¹⁷⁵

Acerca da figura do litisconsorte ativo, leciona Alfredo Buzaid:

O litisconsorte ativo é parte principal e está equiparado ao impetrante da segurança, assumindo ambos a iniciativa de postular em nome próprio a atuação da vontade da lei em face da autoridade coatora. Daí a formação de uma pluralidade de partes, unindo várias demandas num único processo. Ainda que a lide lhes seja comum, cada litisconsorte tem uma posição autônoma, podendo promover os atos processuais sem qualquer dependência com o outro (ou outros).¹⁷⁶

Ao estabelecer a possibilidade de impetração de mandado de segurança por qualquer das pessoas atingidas pelo ato coator, individualmente ou em conjunto, o § 3º do art. 1º da Lei nº 12.016/09 reforça a ideia da viabilidade de formação de litisconsórcio ativo facultativo nesse tipo de ação. Deve-se, contudo, atentar para o disposto no § 2º do art. 10 da referida lei quanto à formação de litisconsórcio ulterior: “O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.”¹⁷⁷ Não havia uma regra correspondente na Lei nº 1.533/51; durante a sua vigência, entendia-se que o ingresso de litisconsorte ativo somente seria vedado após a concessão da liminar, o que, segundo Marinoni e Arenhart, “tinha o

¹⁷⁵ “Art. 19 - Aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio.”

¹⁷⁶ BUZOID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 180.

¹⁷⁷ Permitimo-nos uma crítica a esse dispositivo: a proibição nele contida, se favorece a celeridade, vai claramente de encontro à economia processual. Ora, aquele que poderia ser admitido como litisconsorte ativo terá de propor uma nova demanda para ver resguardado seu direito. Não nos parece, com a devida vênia, adequada essa restrição, por soar bastante formalista, mormente quando se leva em consideração o caráter de garantia constitucional do mandado de segurança.

evidente propósito de que terceiros não se beneficiassem de processo já em curso, o que, virtualmente, permitiria que a parte ‘escolhesse o juiz’ do seu mandado de segurança.”¹⁷⁸

No que tange ao litisconsórcio passivo, a própria Lei nº 12.016/09 faz referência, em seu art. 7º, inciso II,¹⁷⁹ à formação de litisconsórcio entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público a que está vinculada. Essa é, no nosso entendimento, uma inovação estranhíssima da lei atual - que já tivemos a oportunidade de criticar -, na medida em que a autoridade coatora apresenta a pessoa jurídica de direito público e, portanto, a lei está determinando, em última análise, que a mesma pessoa deva figurar duas vezes no polo passivo da ação.¹⁸⁰

Ainda quanto ao problema do litisconsórcio passivo, aduz Hely Lopes Meirelles:

nas impetrações em que há beneficiários do ato ou contrato impugnado, esses beneficiários são litisconsortes necessários unitários, que devem ser citados para integrar a lide, sob pena de nulidade do processo, ficando sujeitos, invariavelmente, ao mesmo provimento jurisdicional de mérito.¹⁸¹

Ou seja, quando o ato coator produzir efeitos em relação a terceiros, que por ele são beneficiados, há litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade impetrada e os beneficiários do ato impugnado. Nessa mesma linha, o entendimento de Celso Agrícola Barbi:

nos casos frequentes em que o mandado de segurança é requerido contra nomeação ou promoção de funcionário, ou concessão de serviço público a outrem, a demanda implica anular a nomeação ou promoção, ou cancelar a concessão, vale dizer, extinguir a relação jurídica existente entre o Poder Público e o funcionário, ou o concessionário. Parece-nos fora de dúvida que, nas hipóteses figuradas, há exemplos típicos de litisconsórcio “necessário”, sendo, portanto, indispensável a participação daqueles interessados como réus, sem o que a sentença será ineficaz.¹⁸²

A necessidade de presença do beneficiário do ato coator no polo passivo do mandado de segurança é questão já superada na jurisprudência,¹⁸³ e o processo deve ser extinto se não

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244-245.

¹⁷⁹ “Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;”

¹⁸⁰ Ver capítulo 3, sub-item 3.2.2.

¹⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 78.

¹⁸² BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 146.

¹⁸³ Para ilustrar, podemos citar a decisão proferida pela 1ª Turma do STJ no julgamento do REsp 1159791/RJ, ocorrido em 07/12/2010, no qual se adotou o entendimento de que a empresa vencedora do certame é litisconsorte passiva necessária em mandado de segurança que objetiva a anulação de procedimento licitatório: “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. NULIDADE DECRETADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NULIDADE PROCESSUAL. SÚMULA 631/STF. ART. 24, DA LEI N.º 12.016/2009. EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME. PETIÇÃO DE TERCEIRO INTERESSADO. PEDIDO DE NULIDADE ACOLHIDO. 1. A eficácia da sentença quando repercute na esfera jurídica alheia impõe o litisconsórcio

promovida sua citação em tempo hábil (Súmula 631, STF).¹⁸⁴ Isso também se aplica ao mandado de segurança contra ato judicial, relativamente à parte adversa na demanda que originou a impetração, já que, aqui, “a Administração Pública não tem, na realidade, nenhum interesse no desfecho da questão. [...] O verdadeiro interessado nesse caso é a outra parte na demanda onde foi proferido o despacho impugnado.”¹⁸⁵ A Súmula 701 do STF corrobora esse entendimento.¹⁸⁶

Concernente à intervenção de terceiros, a opinião dominante é no sentido de não ser cabível a assistência no mandado de segurança, já que a lei não fez qualquer referência a essa possibilidade, aludindo tão-somente ao litisconsórcio. No entanto, é pacífico o entendimento acerca da admissibilidade do recurso de terceiro prejudicado, ou seja, daquele que, mesmo não tendo sido parte no processo, sofre consequências a partir da decisão nele proferida. Essa hipótese encontra-se prevista no art. 499 do Código de Processo Civil.¹⁸⁷ O terceiro pode também impetrar mandado de segurança para resguardar o seu direito, independentemente da possibilidade de interpor recurso da decisão, nos termos da Súmula 202 do STJ: “A impetração de segurança, por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso.”

5.4 PETIÇÃO INICIAL

necessário, ante a ratio essendi do art. 47, do CPC e da Súmula 145 do extinto Tribunal Federal de Recursos, sendo certo que a ausência de citação daquele gera a nulidade do processo. Precedentes do STJ: RMS 20.780/RJ, DJ 17.09.2007; RMS 23406/SC, DJ 26.04.2007 e REsp 793.920/GO, DJ 19.06.2006. 2. In casu, a impetração ab origine erige-se contra procedimento licitatório cujo objetivo consistiu na contratação de pessoa jurídica de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços e execução das ações programadas para o Hospital Ronaldo Gazolla, a operacionalização de 09 (nove) equipes do Programa de Saúde da Família e para a administração do Centro de Serviços do Bairro de Acari, não tendo sido chamada para integrar a lide a empresa vencedora do certame até o presente momento processual. 3. A ausência de citação de litisconsorte passivo necessário em sede de mandado de segurança, como na hipótese in foco, e, nos termos do art. 24, da Lei n.º 12.016/2009, enseja a aplicação do entendimento cristalizado pela Súmula 631 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário.” 4. Pedido do terceiro interessado formulado às fls. 2453/2466 e reiterado às fls. 2564/2567 deferido para anular o processo, possibilitando a impugnação do writ pela litisconsorte passiva petionante, prejudicado o recurso especial da Municipalidade.”

¹⁸⁴ “SÚMULA Nº 631 EXTINGUE-SE O PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA SE O IMPETRANTE NÃO PROMOVE, NO PRAZO ASSINADO, A CITAÇÃO DO LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO.”

¹⁸⁵ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 149.

¹⁸⁶ “SÚMULA Nº 701 NO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM PROCESSO PENAL, É OBRIGATÓRIA A CITAÇÃO DO RÉU COMO LITISCONSORTE PASSIVO.”

¹⁸⁷ “Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§ 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.”

Assim estabelece o art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 12.016/09:

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

§ 2º Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.

Ao determinar que a petição inicial “deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual”, o *caput* do art. 6º da Lei nº 12.016/09 está fazendo alusão aos arts 282 e 283 do CPC.¹⁸⁸ Saliente-se que a peça deve, imprescindivelmente, ser subscrita por advogado legalmente habilitado; não há, no mandado de segurança, a atribuição da capacidade de postular em juízo à própria parte, como ocorre no caso do *habeas corpus*. Além disso, quando a lei diz que a petição inicial deverá ser apresentada em duas vias, claramente está pressupondo a ausência de litisconsortes passivos; se tal situação ocorrer, deverão ser apresentadas tantas vias quanto as que forem necessárias para a notificação dos litisconsortes.

Como já mencionado anteriormente,¹⁸⁹ o rito do mandado de segurança não comporta dilação probatória, ao mesmo tempo em que admite apenas prova documental. Portanto, o impetrante tem o dever de agregar à petição inicial todos os documentos necessários à demonstração dos fatos alegados (liquidez e certeza do direito). Contudo, se os documentos de valor probante estiverem em poder de repartição pública ou de autoridade que se recuse a fornecê-los, o juiz poderá determinar, mediante ofício, a sua exibição, no prazo de dez dias (art. 6º, § 1º, Lei nº 12.016/09); se a autoridade em questão for a mesma contra a qual se dirige a impetração, essa determinação irá constar do próprio instrumento de notificação (art. 6º, § 2º, Lei nº 12.016/09).¹⁹⁰

¹⁸⁸ “Art. 282. A petição inicial indicará:

I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;

II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido, com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - o requerimento para a citação do réu.

Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.”

¹⁸⁹ Ver capítulo 3, item 3.1.

¹⁹⁰ O art. 6º e seu parágrafo único da Lei nº 1.533/51 eram muito parecidos com o art. 6º e seus parágrafos 1º e 2º da lei atual, embora, na lei antiga, se fizesse alusão a dispositivos do Código de Processo Civil de 1939, vigente à época da sua edição. Ela assim estabelecia:

Quando houver urgência para a parte impetrante, aplica-se o disposto no art. 4º da Lei nº 12.016/09:

Art. 4º Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada.

§ 1º Poderá o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade.

§ 2º O texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes.

§ 3º Para os fins deste artigo, em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

O art. 4º da Lei nº 1.533/51¹⁹¹ possuía uma regra muito semelhante – não é, portanto, uma inovação da lei atual. Além disso, ao restringir o uso do meio eletrônico aos casos de urgência, o supracitado dispositivo vai claramente de encontro à sistemática do processo eletrônico. Nesse sentido, as duras críticas de Marinoni e Arenhart:

A regra atual, praticamente reproduzida da lei anterior, é manifestamente incompatível com a sistemática processual atual. Com efeito, nos termos da Lei 11.419/2006, todos os processos civis podem valer-se do meio eletrônico para a sua tramitação. Do mesmo modo, a Lei 9.800/99 não punha qualquer restrição ao emprego do fac-símile para a prática de atos processuais. Dando um passo atrás nessa inovação, a lei do mandado de segurança prevê que o meio eletrônico só possa ser empregado em casos de urgência, o que sugere a interpretação de que, se não houver urgência, o meio eletrônico ou os outros instrumentos acima apontados não podem ser usados. Obviamente, essa interpretação não pode ser aceita. Ainda que a lei do mandado de segurança seja “lei posterior” em relação à lei do fax ou à lei do processo eletrônico, é evidente o seu descompasso em relação a estes diplomas. Nada justifica que se dê esse tratamento diferenciado ao mandado de segurança, especialmente porque tais inovações têm em vista acelerar a tramitação da medida. Por isso, à luz da garantia da tempestividade da jurisdição (art. 5.º, inc. LXXVIII, da CR) é forçoso concluir que as leis anteriores devem prevalecer aqui, autorizando a impetração da segurança por meio eletrônico ou por fax ou ainda por outro instrumento célere de comunicação, independentemente da urgência do caso concreto.¹⁹²

“Art. 6º - A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos artigos 158 e 159 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos, por cópia, na segunda.

Parágrafo único. No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recusa fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para cumprimento da ordem o prazo de dez dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.”

¹⁹¹ “Art. 4º - Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos desta lei, impetrar o mandado de segurança por telegrama ou radiograma ao juiz competente, que poderá determinar seja feita pela mesma forma a notificação à autoridade coatora.”

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 252-253.

Se a petição inicial não estiver adequada, o juiz deve dar ao impetrante a possibilidade de suprir as suas falhas, no prazo de dez dias (art. 284, CPC).¹⁹³ Não há qualquer previsão na Lei nº 12.016/09 sobre a emenda à inicial, mas já está consolidado o entendimento no sentido de ser ela “de inteira aplicação ao procedimento do mandado de segurança, para economia e celeridade processuais na impetração.”¹⁹⁴ Enquadra-se aqui a indicação errônea da autoridade coatora (hipótese muito comum, face às dimensões da burocracia estatal): verificando o juiz que o impetrante indicou, na petição inicial, autoridade distinta da responsável pelo ato, deve oportunizar a retificação.¹⁹⁵

O julgador poderá, contudo, indeferir de plano a inicial quando constatar não ser caso de mandado de segurança, quando houver vício processual insanável ou quando tiver decorrido o prazo decadencial para a impetração. Dessa decisão caberá apelação, salvo quando o mandado de segurança for de competência originária de um dos tribunais, cabendo, nesse caso, agravo para o órgão competente do tribunal respectivo. Nesse sentido, o art. 10, *caput* e § 1º, da Lei nº 12.016/09:

Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

§ 1º Do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre.

¹⁹³ “Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.”

¹⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 89.

¹⁹⁵ Esse foi o entendimento adotado pela 5ª Turma do STJ no acórdão proferido no RMS 24217/PA, julgado em 16/10/2008:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. SECRETÁRIO DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO. PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DE INCLUSÃO DE GRATIFICAÇÃO NOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARÁ. EFICÁCIA IMPOSITIVA E VINCULANTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O pólo passivo da ação constitucional de Mandado de Segurança é aquela autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, em substituição processual formal ao ente público que suportará os efeitos de eventual concessão da segurança; incabível é a impetração do writ contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada, uma vez que a segurança, acaso concedida, seria inexecutável. 2. A decisão do Tribunal de Contas que julga a legalidade de ato administrativo, dentro de suas atribuições constitucionais, tem eficácia imediata e possui caráter impositivo e vinculante para toda Administração, atribuindo-lhe, dessa forma, legitimidade para figurar no pólo passivo de eventual Mandado de Segurança impetrado contra referido ato. Precedentes. 3. Dada a essência constitucional do Mandado de Segurança, admite-se que o Julgador, em respeito aos princípios da economia processual e efetividade do processo, diante de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, proceda a pequenas correções ex officio, a fim de que o writ efetivamente cumpra seu escopo maior de proteção de direito líquido e certo. 4. Recurso Ordinário parcialmente provido apenas para determinar o retorno dos autos à Corte de origem, para que o Tribunal de Contas Estadual passe a integrar a demanda e seja dado prosseguimento ao feito.”

Se, por outro lado, a petição inicial estiver em termos, o juiz determinará a notificação da autoridade coatora, para que, no prazo de dez dias, preste as informações que tiver, bem como que se dê ciência do feito à pessoa jurídica de direito público, para possibilitar o seu ingresso no feito (art. 7º, I e II, Lei nº 12.016/09).¹⁹⁶

5.5 LIMINAR E SUSPENSÃO

Recebendo a inicial e verificando estarem preenchidos os seus requisitos, o juiz poderá também conceder liminar, a fim de suspender os efeitos do ato impugnado, se houver relevância nos fundamentos apresentados pelo impetrante e possibilidade de vir a tornar-se inócua a medida se deferida somente ao final, sendo-lhe facultado exigir garantias para tanto. Nesse sentido, o art. 7º, inciso III e §§ da Lei nº 12.016/09:

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.

§ 1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

§ 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.

§ 3º Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.

§ 4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Em sua excelente monografia sobre o tema, Cassio Scarpinella Bueno defende que a possibilidade de concessão da liminar, seja no mandado de segurança ou em qualquer outra ação, mesmo que não prevista expressamente na Constituição, pode ser deduzida da cláusula do devido processo legal:

ainda que não seja expresso o texto constitucional no sentido de que a proteção liminar seja direito individual (e/ou coletivo) constitucionalmente garantido (para o mandado de segurança ou para quaisquer outras ações), não se pode olvidar que a interpretação que a doutrina e, mesmo, a jurisprudência têm dado para o precitado

¹⁹⁶ “Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;”

inc. XXXV do art. 5.º da CF comporta interpretação neste sentido fazendo, ademais, que a proteção liminar seja ínsita, mesmo, à cláusula do devido processo legal brasileiro, previsto este nos incs. LIV e LV do mesmo art. 5.º da CF de 5 de outubro de 1988.¹⁹⁷

Ao regulamentar a garantia constitucional, a Lei nº 12.016/09 expressamente previu a possibilidade de concessão de medida liminar para a proteção do direito do impetrante. Julgamos, aqui, dispensável adentrar no campo da eterna discussão que envolve as medidas cautelares e as medidas antecipatórias (ou satisfativas), já que a liminar no mandado de segurança pode ter as características de uma ou de outra, conforme o caso. Nesse sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles:

A medida liminar pode ter natureza cautelar ou satisfativa, e visa a garantir a eficácia do possível direito do impetrante, justificando-se pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento, não afirma direitos, nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado.¹⁹⁸

No que tange aos requisitos autorizadores da medida, a lei fala, *ipsis litteris*, em “fundamento relevante” e “ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”.¹⁹⁹ O primeiro requisito corresponde ao *fumus boni iuris*; o segundo, ao *periculum in mora*. Embora a lei tenha feito referência, impropriamente, à suspensão do ato impugnado, é evidente que, sendo a impetração dirigida contra omissão de autoridade, a liminar poderá consistir na imposição de uma conduta positiva, se os requisitos para a sua concessão estiverem preenchidos.

Ainda, é plenamente possível a liminar no mandado de segurança preventivo, observando-se apenas que, nesse caso, a medida terá o condão de antecipar a providência jurisdicional buscada pelo impetrante, qual seja, afastar o justo receio de que venha a ter seu direito violado por ato da autoridade contra a qual é dirigida a impetração. O objetivo, em última análise, consiste em evitar que a lesão temida pelo impetrante venha a concretizar-se no curso do mandado de segurança. Nas palavras de Scarpinella Bueno,

o mandado de segurança preventivo, por sua própria natureza, assume feição cautelar (eis que, para ser preventivo, a lesão à afirmação de direito não pode ter, ainda, sido concretizada, mas ser, na letra da lei, ainda, um justo receio), é certo que, em se entendendo possível a concessão de liminar em ação de segurança proposta

¹⁹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança: um Tema com Variações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 76-77.

¹⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 90-91.

¹⁹⁹ Esses mesmos requisitos já estavam presentes na Lei nº 1.533/51, que, em seu art. 7º, inciso II, assim estabelecia:

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

II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.”

nestes termos, esta acabará por assumir, necessariamente, feição antecipatória do pedido do mandado de segurança. Para acautelar a situação fática exposta pelo impetrante em sua petição inicial o pedido que encerra esta mesma petição inicial deverá ser antecipado, sob pena de, quando proferido, ser ineficaz. Para acautelar uma dada situação, pois, antecipa-se, *initio litis*, o provimento jurisdicional que, normalmente – não fossem situações excepcionais que justificam tal proceder – só seria concedido após a realização de pleno contraditório, com a colheita das informações por parte da autoridade pública.²⁰⁰

Há controvérsias acerca da possibilidade de concessão de ofício da medida liminar pelo juiz. Marinoni e Arenhart defendem-na, argumentando que “a especialidade da medida, aliada à sua função de garantia constitucional, permite a conclusão de que se deve conceder ao juiz maiores poderes de ingerência sobre os interesses da parte, especialmente quando estiver em jogo outro direito fundamental.”²⁰¹ Scarpinella Bueno rechaça-a, sinalando que “não se pode deixar de aplicar para o processo de mandado de segurança o princípio ainda basilar de toda a estruturação do processo civil brasileiro, qual seja, o princípio dispositivo previsto no art. 2.º do Código”.²⁰² No nosso entendimento, acreditamos ser possível encontrar um meio-termo entre essas duas posições: segundo esse critério misto, a concessão da liminar no mandado de segurança, regra geral, dependeria de pedido expresso da parte, em face do princípio dispositivo em sentido material, também chamado de princípio da demanda; contudo, em casos muito excepcionais, quando houvesse risco evidente de lesão irreparável a direito fundamental da parte impetrante, seria admissível a sua concessão *ex officio*.

É facultado ao juiz, de acordo com a parte final do inciso III do art. 7º da Lei nº 12.016/09, exigir do impetrante a prestação de contracautela, como condição para o deferimento da liminar. Há controvérsias acerca da constitucionalidade desse dispositivo; alguns defendem que ele violaria o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB), dificultando ou mesmo inviabilizando o acesso à justiça. Contudo, não nos parece correta a tese da inconstitucionalidade dessa norma, mormente quando se considera que há um fundamento relevante para tal exigência, qual seja, garantir a possibilidade de reparação de prejuízos que possam ser causados pela concessão da liminar. Nesse sentido, o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno:

A previsão legal, tal qual feita, não atrita com o “modelo constitucional do mandado de segurança”. Não há como interpretar a exigência da caução como condição para a concessão da liminar. O que o inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 quer é que o magistrado, consoante as peculiaridades do caso concreto, possa impor a caução para assegurar eventual resultado infrutífero se, a final, o pedido do impetrante for

²⁰⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança: um Tema com Variações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 359.

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 254.

²⁰² BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, p. 95-96.

rejeitado. É o que, para o “dever-poder geral de cautela”, que também tem, para nós, estatura constitucional – é sempre importante destacar esta característica diante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal -, decorre do art. 805 do Código de Processo Civil.²⁰³

A medida, porém, deve ser usada com parcimônia, observando-se as circunstâncias do caso concreto, a fim de não inviabilizar a tutela do direito da parte.

O § 1º do art. 7º da Lei nº 12.016/09 determina que a decisão que concede ou denega a medida liminar é recorrível mediante agravo de instrumento. Na vigência da lei anterior, havia divergências sobre a recorribilidade dessa decisão; alguns argumentavam que dela caberia agravo, o recurso típico para as decisões interlocutórias, enquanto outros sustentavam que, como a lei não previa expressamente a possibilidade de interposição de recurso da decisão denegatória ou concessiva da liminar, a matéria não poderia ser reapreciada na via recursal, sendo inaplicáveis ao mandado de segurança as disposições do CPC acerca dos recursos.²⁰⁴ A nova lei acabou por eliminar essa controvérsia, ao mesmo tempo em que estabeleceu que, quando for caso de competência originária de um dos tribunais, a decisão liminar proferida pelo relator estará sujeita a agravo para o respectivo órgão do tribunal (art. 16, parágrafo único, Lei nº 12.016/09),²⁰⁵ tornando obsoleta a Súmula 622 do STF,²⁰⁶ cujo enunciado estabelecia ser irrecorrível essa decisão.

Nos termos do art. 7º, § 2º da Lei nº 12.016/09, estão fora da possibilidade de concessão de liminar em mandado de segurança “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”. Essas restrições não são uma novidade da atual legislação, já estavam consolidadas na jurisprudência ou previstas em leis esparsas.²⁰⁷ Constituem, todavia,

²⁰³ BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

²⁰⁴ O entendimento pela irrecorribilidade da decisão liminar no mandado de segurança foi largamente adotado pelo TJRS na vigência da lei anterior; veja-se, a título de exemplo, a ementa do julgamento proferido pela 7ª Câmara Cível no AGI nº 70016128456, datado de 23/08/2006:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. IRRECORRIBILIDADE. DESCABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. Nos termos da jurisprudência dominante desta Corte, o ato que defere ou indefere liminar em mandado de segurança não comporta o recurso de agravo de instrumento. Recurso não conhecido.”

²⁰⁵ “Art. 16. Nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo, sendo assegurada a defesa oral na sessão do julgamento.

Parágrafo único. Da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre.”

²⁰⁶ “SÚMULA Nº 622 NÃO CABE AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE CONCEDE OU INDEFERE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA.”

²⁰⁷ Nesse sentido, a Súmula 212 do STJ: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”; o art. 1º da Lei nº 2.770/56: “Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de

restrições de constitucionalidade extremamente duvidosa, por ser difícil compatibilizá-las com o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição. Cassio Scarpinella Bueno sustenta:

As previsões são todas, sem exceção, flagrantemente inconstitucionais, destoando, por completo, da ordem constitucional e do modelo por ela criado para o mandado de segurança, individual e coletivo. Impensável que a grandeza constitucional do mandado de segurança e sua aptidão para assegurar a fruição integral e *in natura* de bem da vida (o que decorre imediatamente do art. 5º, XXXV e LXIX, da Constituição Federal) sejam obstaculizadas, frustradas ou, quando menos, minimizadas por qualquer disposição infraconstitucional.²⁰⁸

De acordo com o § 3º do art. 7º da Lei nº 12.016/09, “os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.” Ou seja, a lei expressamente prevê a possibilidade de revogação ou cassação da medida, ao mesmo tempo em que não fixa um limite temporal para a sua duração, referindo tão-somente que seus efeitos continuarão a ser produzidos até a sentença; anteriormente, o art. 1º, alínea “b” da Lei nº 4.348/64²⁰⁹ (expressamente revogada pela Lei nº 12.016/09) determinava para a medida liminar um prazo de duração de noventa dias, prorrogáveis por mais trinta quando houvesse justificativa.

Por outro lado, o art. 2º da Lei nº 4.348/64²¹⁰ estabelecia a possibilidade de decretação da caducidade da medida liminar, o que foi mantido pela Lei nº 12.016/09, cujo art. 8º possui uma redação semelhante ao dispositivo correspondente da anterior legislação:

Art. 8º. Será decretada a preempção ou caducidade da medida liminar *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.

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”; o art. 5º da Lei nº 4.348/64: “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”; o art. 1º, § 4º da Lei nº 5.021/66: “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. [...] Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.”

²⁰⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

²⁰⁹ “Art. 1º Nos processos de mandado de segurança serão observadas as seguintes normas:

b) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) trinta dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação.”

²¹⁰ “Art. 2º Será decretada a preempção ou a caducidade da medida liminar ‘ex officio’ ou a requerimento do Ministério Público, quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo, deixar de promover, por mais de (3) três dias, os atos e diligências que lhe cumprirem, ou abandonar a causa por mais de (20) vinte dias.”

Ou seja, a conduta do impetrante pode dar ensejo à cassação da liminar anteriormente concedida. De acordo com Scarpinella Bueno, trata-se de uma norma manifestamente inconstitucional:

a inconstitucionalidade da regra é patente. Não há correlação sistemática entre a manutenção dos efeitos de uma anterior medida liminar e o “bom comportamento” processual do impetrante. Do mesmo modo que a concessão da medida não depende do comportamento processual do impetrante, a sua cassação não pode se relacionar àquele fato. O magistrado revogará ou cassará a medida liminar anteriormente concedida quando entender não estarem mais presentes os pressupostos que impõem a sua concessão [...]. Não, contudo, porque o impetrante deixou de promover o andamento do processo, na forma como lhe competia, como se a liminar fosse um prêmio e sua cassação uma sanção.²¹¹

Cabe, ainda, fazer referência à Súmula 405 do STF,²¹² segundo a qual os efeitos da liminar cessam imediatamente quando houver sentença denegatória da segurança, o que vai ao encontro do disposto no art. 7º, § 3º da Lei nº 12.016/09.²¹³ Sobre o problema da perda de eficácia da medida, salienta Hely Lopes Meirelles:

Uma vez cassada a liminar ou cessada sua eficácia, voltam as coisas ao *status quo ante*. Assim sendo, o direito do Poder Público fica restabelecido *in totum* para a execução do ato e de seus consectários, desde a data da liminar. Mas, se no período da suspensão liminar (ou da sentença concessiva da segurança, posteriormente reformada) forem praticados atos geradores de direito subjetivo para o impetrante ou para terceiros, ou consumadas situações definitivas, tais atos e situações deverão ser considerados válidos e subsistentes, pois se constituíram ao amparo de uma ordem judicial eficaz durante sua vigência.²¹⁴

Ao lado da possibilidade de interposição de recurso, é facultado, tanto à pessoa jurídica de direito público interessada quanto ao Ministério Público, requerer ao presidente do tribunal a suspensão da execução da medida liminar (e mesmo da sentença), “para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”, nos termos do art. 15 da Lei nº 12.016/09:

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 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.

²¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 85.

²¹² “SÚMULA Nº 405 DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA PELA SENTENÇA, OU NO JULGAMENTO DO AGRAVO, DELA INTERPOSTO, FICA SEM EFEITO A LIMINAR CONCEDIDA, RETROAGINDO OS EFEITOS DA DECISÃO CONTRÁRIA.”

²¹³ No nosso entendimento, essa regra comporta exceções, nos casos em que haja motivo relevante para a manutenção dos efeitos da liminar até o esgotamento da via recursal pela parte, tudo em nome da efetividade da tutela jurisdicional.

²¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

§ 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o *caput* deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

E, dentre todas as possíveis inconstitucionalidades que viemos mencionando no decorrer do presente capítulo, acreditamos que essa é, de longe, a mais grave e a mais evidente. O pedido de suspensão – que sequer se trata de um recurso, é uma medida *sui generis* garantida ao Poder Público para sustar os efeitos de decisão contrária aos seus interesses – já estava previsto na legislação anterior,²¹⁵ e é apenas mais uma na lista das normas protetivas dos interesses da Fazenda Pública presentes em nosso ordenamento jurídico. Tais normas são, no nosso entender, problemáticas do ponto de vista constitucional – já que tomam por base a supremacia do interesse público e desprezam os direitos fundamentais do cidadão -; contudo, a que estamos analisando é, sem dúvida, uma das mais absurdas, já que basta ao Poder Público requerer a suspensão da decisão (liminar ou sentença) para que ela perca seus efeitos, o que vai claramente de encontro à isonomia processual, colocando o impetrante em uma situação totalmente desvantajosa. No mesmo sentido, a opinião de Marinoni e Arenhart:

Em doutrina, tem-se criticado o emprego da medida, que desequilibra as partes e torna francamente desfavorável a condição do impetrante. Mais do que isso, o texto legal autoriza a suspensão da decisão recorrida ainda quando esta estiver correta! Basta que a decisão possa causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas para que se possa suspender a eficácia de uma decisão de mandado de segurança, ainda quando a medida judicial esteja correta e adequada ao

²¹⁵ Nesse sentido, o art. 13 da Lei nº 1.533/51, com a redação dada pela Lei nº 6.014/73, assim estabelecia: “Quando o mandado for concedido e o Presidente do Tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso, ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida.” Anteriormente, o Código de Processo Civil de 1939 já previa tal possibilidade, em seu art. 328: “A requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública, poderá o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorizar a execução do ato impugnado.” E, antes ainda, o art. 13 da Lei nº 191/36 já estabelecia: “Nos casos do art. 8º, § 9º, e art. 10, poderá o Presidente da Corte Suprema, quando se tratar de decisão da Justiça Federal, ou da Corte de Appellação, quando se tratar de decisão da justiça local, a requerimento do representante da pessoa jurídica de direito publico interno interessada, para evitar lesão grave á ordem, á saude ou á segurança publica, manter a execução do acto impugnado até ao julgamento do feito, em primeira ou em segunda instancias.”

caso concreto. Isso é, evidentemente, um absurdo, porque legitima ato injurídico praticado pelo Poder Público.²¹⁶

Também no sentido da inconstitucionalidade dessa norma, o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno:

Em oportunidades anteriores, destaquei o meu entendimento quanto a ser o pedido de suspensão inconstitucional. Dentre outras razões está o fato de ele atritar com o princípio da isonomia – da “paridade de armas” – ao prever à pessoa jurídica de direito público (e ao Ministério Público) mecanismo processual não disponibilizado ao impetrante e que tem aptidão para interferir diretamente no que é mais caro ao mandado de segurança, a produção imediata dos efeitos das decisões jurisdicionais proferidas em prol do impetrante. Até porque, se é verdade que quando o instituto foi concebido pelo legislador brasileiro, o sistema processual civil era pouco claro quanto às possibilidades de a fase recursal desenvolver-se sob o manto do “dever-poder geral de cautela”, a observação não condiz à realidade normativa hoje vigente. Quando o “pedido de suspensão” é dirigido ao Superior Tribunal de Justiça e/ou ao Supremo Tribunal Federal, àquela crítica soma-se a circunstância de a Constituição Federal não ter previsto competência daqueles Tribunais para julgá-lo, o que contraria a interpretação dada por eles próprios à taxatividade de sua competência fixada, única e exclusivamente, pela Constituição.²¹⁷

Feita essa crítica, é preciso referir que o pedido de suspensão pode ser reiterado ao presidente do tribunal superior, quando indeferido ou quando provido o agravo interposto da decisão que o acolheu (art. 15, § 1º, Lei nº 12.016/09), o mesmo ocorrendo quando for desprovido o agravo interposto contra a liminar (art. 15, § 2º, Lei nº 12.016/09). Além disso, o pedido de suspensão pode se dar de forma concomitante com o agravo de instrumento interposto em face da decisão liminar (art. 15, § 3º, Lei nº 12.016/09), comporta efeito suspensivo liminar (art. 15, § 4º, Lei nº 12.016/09) e pode ter seus efeitos estendidos a outros casos idênticos (art. 15, § 5º, Lei nº 12.016/09). Essas disposições apenas reforçam a nossa convicção, no sentido de que se está a tratar de um privilégio desprovido de razoabilidade – e, portanto, inconstitucional – conferido ao Poder Público.

Por fim, cumpre salientar que, nos termos da Súmula 626 do STF,²¹⁸ uma vez concedida a suspensão da execução da liminar, ela irá permanecer até que haja o trânsito em julgado da decisão concessiva da segurança.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 266.

²¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 127-128.

²¹⁸ “SÚMULA Nº 626 A SUSPENSÃO DA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA, SALVO DETERMINAÇÃO EM CONTRÁRIO DA DECISÃO QUE A DEFERIR, VIGORARÁ ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DEFINITIVA DE CONCESSÃO DA SEGURANÇA OU, HAVENDO RECURSO, ATÉ A SUA MANUTENÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DESDE QUE O OBJETO DA LIMINAR DEFERIDA COINCIDA, TOTAL OU PARCIALMENTE, COM O DA IMPETRAÇÃO.”

5.6 NOTIFICAÇÃO E INFORMAÇÕES

Inexistindo reparos a fazer na petição inicial do mandado de segurança, o juiz irá determinar “que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações” (art. 7º, I, Lei nº 12.016/09), e, na mesma ocasião, “que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito” (art. 7º, II, Lei nº 12.016/09).

E, aqui, temos mais uma importante singularidade do rito do mandado de segurança: a autoridade não é citada para contestar o feito (lógica própria do procedimento ordinário), mas notificada para prestar informações. O CPC não inclui dentre as formas de comunicação dos atos processuais a notificação; trata-se, contudo, de uma expressão já consagrada para o mandado de segurança, que acompanha o instituto desde o Código de Processo Civil de 1939, lei essa que colocava as notificações ao lado das citações e intimações (art. 167),²¹⁹ ao mesmo tempo em que previa que, no caso do mandado de segurança, essa seria a forma de comunicação à autoridade coatora (art. 322, I).²²⁰

Para o mandado de segurança, a notificação, nas palavras de Ernane Fidélis dos Santos, “é verdadeira citação. Com ela forma-se a relação processual e, a partir dela, inicia-se o prazo de informações que, em suma, é forma de defesa.”²²¹ Marinoni e Arenhart observam, contudo, que se trata de uma “citação particular, porque não é feita seguindo as formas normais do Código Processual. É realizada por ofício, dirigida à própria autoridade - e não ao procurador do órgão a que está vinculada -, não se admitindo aqui citação ficta ou por correio.”²²²

Ao lado da forma convencional de notificação - mediante ofício acompanhado da cópia da inicial e documentos -, a autoridade apontada como coatora poderá, em caso de urgência, ser notificada “por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade” (art. 4º, § 1º, Lei nº

²¹⁹ “Art. 167. As notificações serão feitas na forma prescrita para as citações, podendo, entretanto, fazer-se por despacho, independentemente de mandado, quando fôr caso de edital, precatória ou rogatória.”

²²⁰ “Art. 322. Despachando a petição inicial, o juiz mandará:

I - notificar o coator, mediante ofício entregue por oficial de justiça e acompanhado da 3ª via da petição inicial, instruída com as cópias dos documentos, afim de prestar informações no prazo de dez (10) dias;”

²²¹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil, Volume 3:** Procedimentos Especiais Codificados e da Legislação Esparsa, Jurisdição Contenciosa e Jurisdição Voluntária. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 309.

²²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5:** Procedimentos Especiais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 257.

12.016/09). O chamamento a juízo dos litisconsortes passivos necessários também deve ser feito por ofício acompanhado das cópias da inicial e dos documentos que a instruíram, e o prazo para a defesa (que se dará através da forma comum, a contestação, eles não são notificados para que apresentem informações) é o mesmo (dez dias), “porque não se justifica tratamento desigual: o litisconsorte passivo é parte e, como tal, tem direito a tratamento igual ao dispensado às outras partes na causa.”²²³

Quando houver a concessão de liminar, há uma regra de natureza administrativa, não processual, que deve ser observada pela autoridade, constante do art. 9º da Lei nº 12.016/09:

Art. 9º As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificador, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

Concernente às informações, temos que são elas o meio de defesa posto à disposição da autoridade coatora, que deve prestá-las no prazo improrrogável de dez dias. Ao discorrer sobre as informações, Alfredo Buzaid, em uma admirável síntese, salienta:

constituem a resposta da autoridade coatora ao pedido da segurança. Elas devem ser redigidas por escrito e assinadas pela autoridade coatora. Não há mister que as informações sejam subscritas por advogado. Compete à autoridade coatora discutir e rebater os fatos em que se funda o impetrante e demonstrar a legitimidade do ato impugnado, oferecendo, juntamente com as informações, a prova documental que julgar necessária. Se a prova documental se achar em repartição pública, poderá requerer ao juiz que a requisite.²²⁴

Marinoni e Arenhart sustentam que as informações prestadas pela autoridade coatora “equivalem grosso modo à contestação, de modo que nela se pode deduzir toda a matéria que se poderia apresentar em uma contestação comum. Pode-se, então, apresentar defesas processuais e materiais, sem restrição.”²²⁵ Mais adiante, esses autores fazem referência à peculiaridade da oposição de exceções no mandado de segurança; elas “devem ser opostas na própria informação, sem recorrer a instrumento próprio, como ocorre com o processo tradicional. Isso ocorre porque o trâmite das exceções é incompatível com a celeridade que se deseja impor ao rito do mandado de segurança.”²²⁶ No mesmo sentido, o entendimento de

²²³ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 179.

²²⁴ BUZAID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 231.

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 257.

²²⁶ *Ibidem*, p. 258.

Celso Agrícola Barbi: “a arguição de incompetência absoluta ou relativa, nesse procedimento, deve ser feita nas informações da autoridade coatora, e como preliminar.”²²⁷

Há divergências na doutrina acerca dos efeitos decorrentes da falta de apresentação das informações no prazo legal. Hely Lopes Meirelles defende que ela “pode importar confissão ficta dos fatos arguidos na inicial, se isto autorizar a prova oferecida pelo impetrante”;²²⁸ já Celso Agrícola Barbi sustenta que ela “não deve ser considerada como confissão ficta. A especial estrutura do processo do mandado de segurança exige a apresentação imediata das provas pelo requerente e não admite essa forma processual quando haja dificuldade na apuração dos fatos.”²²⁹ Examinando essa divergência, Alfredo Buzaid toma a seguinte posição: “nenhuma influência exerce a não-apresentação das informações sobre o julgamento da causa, porque ela não induz o efeito da revelia, tal como está previsto no art. 319 do Código de Processo Civil. Esta regra não se adapta ao mandado de segurança.”²³⁰ Concordamos integralmente com a opinião do processualista de São Paulo.

Não há, no mandado de segurança, espaço para o contraditório em relação às informações prestadas pela autoridade coatora, na medida em que a legislação específica nada prevê a esse respeito. No mesmo sentido, a lição de Marinoni e Arenhart:

não se aplica ao mandado de segurança o contido no art. 398, do CPC, que determina a oitiva da parte contrária sempre que a outra haja juntado documento aos autos. Mesmo que a autoridade traga documento com suas informações, não há razão para ouvir-se o impetrante antes da decisão. Isso se dá, mais uma vez, para privilegiar a celeridade da medida, especialmente considerando que não há espaço para réplica às informações, por parte do autor do mandado de segurança.²³¹

Com efeito, o *caput* do art. 12 da Lei nº 12.016/09²³² prevê que, transcorrido o prazo para apresentação de informações (sejam elas prestadas ou não), os autos deverão ser remetidos ao Ministério Público, para que se manifeste antes da prolação da sentença. Permitimo-nos, contudo, uma crítica: as informações da autoridade coatora podem conter inverdades, o que, pelo rito da lei, não será de conhecimento do impetrante antes da sentença. Privilegiou-se a celeridade processual em detrimento do contraditório, o que se torna problemático na medida em que informações falsas prestadas pela autoridade coatora podem redundar na denegação da segurança, com evidente prejuízo ao impetrante.

²²⁷ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 183.

²²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 111.

²²⁹ BARBI, Celso Agrícola. *op. cit.*, p. 184.

²³⁰ BUZOID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 234.

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 259.

²³² “Art. 12. Findo o prazo a que se refere o inciso I do caput do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias.”

Como já tivemos a oportunidade de referir, não há fase instrutória no mandado de segurança; as partes não têm a possibilidade de produzir novas provas além dos documentos já juntados com a inicial e com as informações.

5.7 MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público tem o prazo improrrogável de dez dias para apresentar manifestação (art. 12, Lei nº 12.016/09). A lei anterior estabelecia um prazo mais curto, de cinco dias (art. 10, Lei nº 1.533/51).²³³

A intervenção ministerial se dá na condição de fiscal da lei, competindo-lhe opinar, através de parecer fundamentado, acerca das questões levantadas no processo. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles,

O dever funcional do Ministério Público é o de manifestar-se sobre a impetração, podendo opinar pelo seu cabimento ou descabimento, pela sua carência e, no mérito, pela concessão ou denegação da segurança, bem como sobre a regularidade ou não do processo, segundo sua convicção pessoal, sem estar adstrito aos interesses da Administração Pública na manutenção de seu ato.²³⁴

Antigamente, havia uma grande discussão sobre a forma que deveria assumir essa intervenção, se a de uma manifestação imparcial ou se a de uma defesa da pessoa jurídica de direito público interessada, controversia essa que tinha suas origens na antiga função conferida ao *Parquet*, qual seja, a de representar as pessoas de direito público em juízo. Com a Constituição de 1988, houve uma reestruturação das funções do Ministério Público, que passou a ter a incumbência de zelar pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CRFB),²³⁵ ao mesmo tempo em que a defesa judicial das pessoas de direito público foi entregue a determinados órgãos (Advocacia-Geral da União e Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal). Com isso, a controversia restou superada.

Uma outra discussão, bem mais recente que a anterior, envolve a nulidade do processo quando não houver manifestação do Ministério Público, apesar de validamente intimado para tanto. Entendemos que essa questão também está superada, em face da redação conferida ao

²³³ “Art. 10 - Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido o representante do Ministério Público dentro em cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora.”

²³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 74.

²³⁵ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.016/09: “Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias.” Da leitura desse dispositivo, fica evidente que a manifestação do *Parquet* não é imprescindível à validade do processo. Haverá nulidade apenas quando o Ministério Público não for regularmente intimado, de acordo com o que estabelece o art. 84 do CPC.²³⁶

5.8 SENTENÇA

Os requisitos formais da sentença no mandado de segurança são os requisitos previstos no Código de Processo Civil para as sentenças em geral: ela deve conter relatório, fundamentação e dispositivo (art. 458, CPC).²³⁷ No que tange ao conteúdo, ela poderá ser de carência ou de mérito; será de carência quando não satisfeitos os pressupostos processuais e as condições da ação,²³⁸ e de mérito quando for avaliada a existência do direito alegado, com a concessão ou denegação da segurança.

Se o pedido do impetrante for julgado procedente e a segurança for concedida, a eficácia preponderante da sentença será mandamental. Marinoni e Arenhart sublinham que a essência da tutela mandamental “está na ordem dirigida ao réu (ou, eventualmente, a terceiro) para prestar certa conduta.”²³⁹

Trata-se de um conceito trazido por Pontes de Miranda do direito alemão (em sua classificação, dita “quinária”, das eficácias da sentença, o mestre acrescentou às três categorias já consagradas à sua época, quais sejam, a declaratória, a constitutiva e a condenatória, outras duas, a mandamental e a executiva), cuja aceitação foi, durante muito tempo, objeto de grande discórdia doutrinária; dentre os que a rechaçavam, Celso Agrícola Barbi defendia que a sentença mandamental “não tem conteúdo diferente do que comportam as três classes geralmente admitidas”,²⁴⁰ crítica semelhante à de Alfredo Buzaid, que sustentava que a mandamentalidade não seria “um objetivo autônomo apto a criar uma nova

²³⁶ “Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo.”

²³⁷ “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.”

²³⁸ A respeito das condições da ação no mandado de segurança, ver capítulo 3.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 260.

²⁴⁰ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 200.

categoria de ação, ao lado da declaratória, constitutiva e condenatória.”²⁴¹ Em sentido contrário, Sergio Fadel não só reconhecia a existência da sentença mandamental como afirmava que, em se tratando de sentença concessiva do mandado de segurança, “seu conteúdo direto e imediato é, sem dúvida, mandamental.”²⁴²

Atualmente, é pacífico o entendimento favorável à existência dessa categoria de sentenças. O Código de Processo Civil reconhece-a expressamente, em seu art. 14, inciso V²⁴³ (incluído através da Lei nº 10.358/01). Além disso, é comumente utilizado o nome “ação mandamental” para o mandado de segurança, o que basta para demonstrar a assimilação desse conceito por parte dos profissionais do direito no Brasil.

No mandado de segurança, a sentença pode ser preventiva ou repressiva, conforme seus efeitos impliquem, respectivamente, no afastamento de uma lesão iminente ao direito do impetrante ou na reparação de uma violação já consumada ao seu direito. Hely Lopes Meirelles salienta não ser admissível a sentença de caráter normativo, que “seria a que estabelecesse regra geral de conduta para casos futuros, indeterminados.”²⁴⁴ Já tratamos dessas questões no capítulo 4, item 4.2 (“Mandado de Segurança Preventivo e Repressivo”), razão pela qual não iremos, aqui, nos alongar.

Quanto às despesas judiciais, elas devem ser suportadas pelo impetrante, se denegada a segurança; ao contrário, se concedida, elas devem ser pagas pela pessoa jurídica de direito público e, se houver, pelos litisconsortes passivos. Nesse sentido, a lição de Celso Agrícola Barbi:

parte passiva não é a autoridade apontada como coatora e sim a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros ela pertence. Logo, se vencedor o impetrante, a sentença deverá condenar aquela pessoa jurídica ao pagamento das custas. E, quando houver litisconsórcio necessário passivo, aquelas despesas serão de responsabilidade também dos litisconsortes.²⁴⁵

O art. 25 da Lei nº 12.016/09²⁴⁶ veda a condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios no mandado de segurança. Nesse ponto, a lei atual limitou-se a

²⁴¹ BUZAID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 73.

²⁴² FADEL, Sergio Sahione. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1976. p. 133.

²⁴³ “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.”

²⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 113.

²⁴⁵ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 195.

²⁴⁶ “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.”

reproduzir entendimento jurisprudencial há muito tempo consagrado (Súmulas 512 do STF²⁴⁷ e 105 do STJ²⁴⁸).

Essa orientação da jurisprudência, agora convertida em lei, sempre foi duramente criticada pela doutrina. Veja-se o que diz a respeito Hely Lopes Meirelles:

Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer, uma ação civil, deveria haver a condenação do vencido em honorários, não importando que o rito dessa ação seja especial, mesmo porque nas demais ações especiais o princípio da sucumbência sempre foi aplicado sem restrições.²⁴⁹

No mesmo sentido, a posição de Celso Agrícola Barbi: “entendemos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada na Súmula nº 512, não deu a melhor solução possível ao assunto e desatende ao princípio da sucumbência, que é geralmente adotado no direito das nações cultas.”²⁵⁰

De nossa parte, devemos concordar com os mencionados autores; trata-se, com efeito, de uma vedação totalmente despropositada. Não é possível vislumbrar nenhum motivo plausível para que não sejam pagos honorários advocatícios no mandado de segurança; na realidade, o que se tem aqui é uma regra que desprestigia o advogado, o profissional que, segundo o art. 133 da Constituição,²⁵¹ é essencial à administração da justiça. Um verdadeiro absurdo, portanto.

5.9 EXECUÇÃO

Já fizemos referência ao caráter mandamental da sentença concessiva do mandado de segurança. Essa peculiaridade possui duas importantes consequências: a sentença que conceder o mandado pode ser executada nos mesmos autos, independentemente de provocação, e a prestação deve ser cumprida *in natura*, sendo inviável a sua substituição por perdas e danos.

O art. 13 da Lei nº 12.016/09 possui a seguinte redação:

Art. 13. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de

²⁴⁷ “SÚMULA Nº 512 NÃO CABE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE ADVOGADO NA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA.”

²⁴⁸ “SÚMULA Nº 105 NA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA NÃO SE ADMITE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.”

²⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 114.

²⁵⁰ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 197-198.

²⁵¹ “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.”

recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o juiz observar o disposto no art. 4º desta Lei.

A redação conferida a esse dispositivo torna evidente que a execução da sentença concessiva da segurança não necessita de qualquer intervenção do impetrante, sendo dever do juiz comunicá-la, através de ofício ou carta com aviso de recebimento, à autoridade coatora e à pessoa jurídica de direito público a que ela está subordinada, podendo o magistrado, em caso de urgência, valer-se de telegrama, radiograma, fac-símile ou outros meios eletrônicos de comprovada autenticidade. O art. 11 da Lei nº 1.533/51²⁵² tinha previsão nesse mesmo sentido, embora fizesse referência aos meios que a tecnologia disponibilizava à época de sua edição.

Trata-se de uma ordem dirigida à autoridade coatora para que faça ou deixe de fazer algo. Se houver descumprimento (diga-se de passagem, algo lamentavelmente muito comum, é mais do que conhecida a recalcitrância das autoridades do Estado em cumprir as ordens judiciais), incorrerá ela no delito de desobediência, o que não prejudica as sanções administrativas e os crimes de responsabilidade, nos termos do art. 26 da Lei nº 12.016/09:

Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

Mesmo que não exista previsão expressa na lei a respeito, entende-se que esse não é o único meio de coerção de que dispõe o juiz para garantir o cumprimento da decisão. De acordo com Ernane Fidélis dos Santos, “se a autoridade não se abster de fato que lhe foi vedado por sentença, poderá o juiz usar de todos os meios possíveis, inclusive requisitando a força pública, para fazer cessar a coação que foi julgada injurídica.”²⁵³ Marinoni e Arenhart são mais específicos: admitem que o juiz possa utilizar os instrumentos previstos nos §§ 4º e

²⁵² “Art. 11 - Julgado precedente o pedido, o juiz transmitirá em ofício, por mão do oficial do juízo ou pelo correio, mediante registro com recibo de volta, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o peticionário, o inteiro teor da sentença a autoridade coatora.

Parágrafo único. Os originais, no caso de transmissão telegráfica, radiofônica ou telefônica, deverão ser apresentados a agência expedidora com a firma do juiz devidamente reconhecida.”

²⁵³ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil, Volume 3: Procedimentos Especiais Codificados e da Legislação Esparsa, Jurisdição Contenciosa e Jurisdição Voluntária**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 317.

5º do art. 461 do CPC,²⁵⁴ como, por exemplo, a cominação de multa diária diretamente à autoridade coatora. Nas palavras dos notáveis processualistas,

é de se admitir aqui o emprego subsidiário das técnicas previstas no art. 461, §§ 4.º e 5.º, do CPC. Deve-se conferir ao magistrado o poder de impor o meio coercitivo que se mostre mais adequado para o caso concreto, capaz de exercer a maior capacidade intimidatória possível para obter o rápido e preciso cumprimento de sua ordem. Pode-se, ademais, no que concerne especificamente à multa coercitiva (art. 461, § 4.º, do CPC) impor essa sanção diretamente à autoridade coatora – e não apenas à pessoa jurídica que é a efetiva ré do processo. Dependendo da complexidade da causa, até mesmo medidas sub-rogatórias (como a intervenção judicial) devem ser autorizadas, já que a garantia fundamental do mandado de segurança não pode ter sua eficácia diminuída em razão da resistência da autoridade ré.²⁵⁵

Não é necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença concessiva da segurança para que ela possa ser executada. A execução provisória está expressamente prevista no § 3º do art. 14 da Lei nº 12.016/09: “A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.” Gize-se que os recursos, no mandado de segurança, não são dotados de efeito suspensivo, o que decorre da própria natureza dessa ação, uma garantia constitucional destinada a combater atos ilegais do Poder Público; para suspender os efeitos da decisão (tanto da liminar quanto da sentença), o meio adequado é o requerimento de suspensão, previsto no art. 15 da Lei nº 12.016/09, do qual já tratamos no item 5.5.

É, contudo, inviável a execução provisória nos mesmos casos em que há a vedação à concessão de liminar, previstos no § 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/09. Assim, sentenças que envolvam “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” não podem ser executadas provisoriamente. Trata-se de uma vedação de constitucionalidade bastante discutível, da mesma forma que a relativa à concessão da liminar.

No mandado de segurança, a execução da sentença que acolher o pedido do impetrante “é imediata, específica ou *in natura*, isto é, mediante o cumprimento da providência

²⁵⁴ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.”

²⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 262-263.

determinada pelo juiz, sem a possibilidade de ser substituída pela reparação pecuniária.”²⁵⁶ Vale dizer, a conversão da obrigação em perdas e danos não pode ser requerida através do mandado de segurança; ele apenas admite o seu cumprimento na forma específica.

Isso, é claro, não significa que a sentença no mandado de segurança nunca poderá ter reflexos pecuniários; a própria Lei nº 12.016/09 trata de uma hipótese dessa natureza, relativa ao pagamento de vencimentos e vantagens a servidores públicos, em seu art. 14, § 4º:

Art. 14. [...]

§ 4.º 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.

5.10 RECURSOS

Já mencionamos que, no mandado de segurança, os recursos não possuem efeito suspensivo, ou seja, não inviabilizam a execução provisória, em face da necessidade de privilegiar-se a eficácia das decisões nele proferidas, determinada pelo caráter de garantia constitucional da medida, e da possibilidade de ser requerida, por meio específico, a suspensão dos efeitos da decisão (à exceção dos casos em que não é admitida a concessão de liminar, quando os recursos terão efeito suspensivo).

A Lei nº 12.016/09 foi bastante analítica em matéria de recursos, procurando determinar expressamente o recurso que cabe de cada decisão. O art. 14 da referida lei, em seu *caput* e §§ 1º e 2º, estabelece:

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.

Temos, portanto, que, da sentença proferida no mandado de segurança, caberá apelação, o recurso ordinariamente previsto em nosso sistema processual para as sentenças.²⁵⁷

A apelação é o recurso cabível também da decisão de indeferimento da inicial, salvo quando se tratar de mandado de segurança de competência originária de tribunal, cabendo, nesse caso,

²⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 115.

²⁵⁷ O art. 12 da Lei nº 1.533/51, em sua redação original, fazia referência ao agravo de petição, um dos recursos do Código de Processo Civil de 1939 que foram suprimidos pelo diploma processual vigente: “Art. 12. - Da decisão do juiz, negando ou concedendo o mandado caberá o recurso de agravo de petição, assegurando-se as partes o direito de sustentação oral perante o tribunal *ad quem*.”

agravo para o órgão competente (art. 10, § 1º da Lei nº 12.016/09), o que já tivemos a oportunidade de mencionar.

Nos termos do art. 14, § 1º da Lei nº 12.016/09, a sentença concessiva da ordem está sujeita a reexame necessário (também conhecido pela doutrina como “recurso de ofício” ou “voluntário”). Trata-se de mais uma norma protetora dos interesses do Poder Público. Marinoni e Arenhart, com muita perspicácia, assinalam que deveria ser o contrário, a sentença denegatória é que deveria estar sujeita ao reexame necessário, opinião com a qual concordamos integralmente:

nos termos do que prevê o art. 14, § 1.º, da LMS, sempre que a sentença conceder o mandado de segurança, estará ela sujeita ao reexame necessário. Embora a lógica determinasse solução distinta – já que o mandado de segurança é garantia constitucional para o impetrante, de modo que sua não concessão é que deveria ensejar o reexame, similarmente ao que ocorre com o *habeas corpus* – a previsão tem em vista a proteção da Administração Pública. Como este *writ* se dirige sempre contra autoridade no exercício de função pública, é evidente que o interesse estatal estará sempre presente aqui. Para a salvaguarda desses interesses, prevê a lei o reexame necessário para a sentença concessiva de mandado de segurança.²⁵⁸

O reexame necessário não impede, contudo, a execução provisória da sentença. Além disso, ele é obrigatório em todos os casos em que a segurança for concedida, total ou parcialmente, não sendo aplicáveis, aqui, as limitações ao reexame necessário das sentenças proferidas contra o Poder Público previstas no art. 475 e §§ do CPC.²⁵⁹

O art. 14, § 2º da Lei nº 12.016/09, uma novidade da atual legislação, confere à autoridade coatora legitimidade recursal. Isso, nas palavras de Ernane Fidélis dos Santos, “parece ter tido o objetivo de solucionar a questão da legitimidade da apelação, pois havia divergência doutrinária sobre se o recurso caberia à entidade ou à autoridade.”²⁶⁰ Segundo Marinoni e Arenhart, contudo, “para que ela possa recorrer da sentença de mandado de

²⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 264.

²⁵⁹ “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.”

²⁶⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil, Volume 3: Procedimentos Especiais Codificados e da Legislação Esparsa, Jurisdição Contenciosa e Jurisdição Voluntária**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314-315.

segurança, deve ostentar interesse recursal, que será caracterizado pela existência de prejuízo próprio com a sentença e de possibilidade de sanar esse dano com o recurso.”²⁶¹

No que tange ao recurso de agravo, a Lei nº 12.016/09 faz referência às seguintes situações: da decisão que conceder ou denegar a liminar, cabe agravo de instrumento (art. 7º, § 1º); da decisão do relator que indeferir a petição inicial em mandado de segurança que couber originariamente a um dos tribunais, cabe agravo (art. 10, § 1º); da decisão do presidente do tribunal que suspender a execução da liminar ou da sentença, cabe agravo (art. 15); e, por fim, da decisão do relator que conceder ou denegar a liminar em mandado de segurança de competência do segundo grau de jurisdição, cabe agravo (art. 16, parágrafo único). Já analisamos cada uma dessas hipóteses no decorrer do presente capítulo, razão pela qual não faremos, neste momento, maiores considerações a respeito.

Ainda no que se refere ao agravo de instrumento, os atualizadores de Hely Lopes Meirelles defendem que ele pode ser utilizado contra outras decisões interlocutórias que venham a ser proferidas no decorrer do processo:

Quanto ao cabimento do agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida no curso do processo do mandado de segurança, parece-nos que no andamento do feito podem sobrevir decisões inteiramente contrárias à lei processual e prejudiciais à parte. Ficarão sem recurso oportuno tais provimentos? Visto que a Lei n. 12.016/2009 especificou o cabimento de agravo de instrumento nas hipóteses que menciona, mas não excluiu a possibilidade genérica de agravo de instrumento previsto no art. 522 do CPC, entendemos que este pode ser aplicável na tramitação da segurança de modo excepcional, como meio de impugnação de decisões nitidamente prejudiciais, quando não conflitar com as prescrições da sua lei especial nem contrariar a índole do *mandamus*.²⁶²

Em matéria de recurso aos tribunais superiores, o art. 18 da Lei nº 12.016/09 assim estabelece: “Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada.” Caberá recurso ordinário ao STF quando houver decisão denegatória, em única instância, pelos Tribunais Superiores (art. 102, II, “a”, CRFB);²⁶³ caberá recurso ordinário ao STJ quando houver decisão denegatória, em única instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 266-267.

²⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 123.

²⁶³ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: II - julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;”

Federal e Territórios (art. 105, II, “b”, CRFB).²⁶⁴ O recurso extraordinário e o recurso especial caberão, respectivamente, nos casos previstos no art. 102, III da CRFB²⁶⁵ e no art. 105, III da CRFB.²⁶⁶

De acordo com a parte inicial do art. 25 da Lei nº 12.016/09, não cabe a interposição de embargos infringentes no mandado de segurança. Aqui, a nova lei não fez mais do que reproduzir o entendimento já consagrado no âmbito dos tribunais superiores (Súmulas 597 do STF²⁶⁷ e 169 do STJ²⁶⁸).

São essas as peculiaridades inerentes aos recursos no mandado de segurança. Naquilo que não é contrário às disposições da legislação especial, aplica-se a disciplina do CPC, inclusive no que tange aos prazos (e sua contagem em dobro para a Fazenda Pública). A contagem do prazo para recorrer do acórdão concessivo da segurança inicia-se com a sua publicação, e não com a ciência à autoridade coatora para o cumprimento (Súmula 392, STF²⁶⁹).

Por último, é importante referir que, nos termos do art. 20 da Lei nº 12.016/09,²⁷⁰ o processo de mandado de segurança e os recursos nele interpostos gozam de prioridade sobre todos os atos judiciais, com exceção do *habeas corpus*.

²⁶⁴ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

II - julgar, em recurso ordinário:

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;”

²⁶⁵ “Art. 102. [...]”

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

²⁶⁶ “Art. 105. [...]”

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

²⁶⁷ “SÚMULA Nº 597 NÃO CABEM EMBARGOS INFRINGENTES DE ACÓRDÃO QUE, EM MANDADO DE SEGURANÇA DECIDIU, POR MAIORIA DE VOTOS, A APELAÇÃO.”

²⁶⁸ “SÚMULA Nº 169 SÃO INADMISSÍVEIS EMBARGOS INFRINGENTES NO PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA.”

²⁶⁹ “SÚMULA Nº 392 O PRAZO PARA RECORRER DE ACÓRDÃO CONCESSIVO DE SEGURANÇA CONTA-SE DA PUBLICAÇÃO OFICIAL DE SUAS CONCLUSÕES, E NÃO DA ANTERIOR CIÊNCIA À AUTORIDADE PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO.”

²⁷⁰ “Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas corpus.

§ 1º Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator.

§ 2º O prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de 5 (cinco) dias.”

5.11 COISA JULGADA

Em que pese ser o mandado de segurança ação civil de rito sumário especial, faz coisa julgada a decisão que aprecia o mérito da impetração, seja denegatória ou concessiva, na medida em que há pronunciamento judicial definitivo sobre o direito invocado pelo impetrante. O art. 19 da Lei nº 12.016/09 assim estabelece: “A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.” Na análise de Marinoni e Arenhart,

A expressão “pleiteie os seus direitos” poderia sugerir a alguém que, no mandado de segurança, não se reconhece o direito do requerente, mas apenas se concede ordem para cessar o ato ilegal da autoridade coatora. Obviamente, a interpretação é equivocada. Como já sublinhado, há coisa julgada no mandado de segurança, o que implica dizer que existe, aqui, reconhecimento do direito do impetrante e da ilegalidade da atuação do Poder Público. A intenção da regra era apenas a de inviabilizar o emprego do mandado de segurança para buscar efeitos patrimoniais pretéritos, que devem ser pleiteados em medida própria. Como já afirmado, a limitação quanto à prova no mandado de segurança não torna sumária a cognição judicial. O juiz tem conhecimento aprofundado dos fatos discutidos, mas apenas está jungido ao exame desses fatos por via da prova documental. Não há, portanto, juízo de aparência aqui, mas análise calcada em prova suficiente e idônea para gerar convicção de certeza no magistrado. Daí porque é possível afirmar que há reconhecimento da existência do direito do requerente, de modo que a expressão contida no dispositivo merece cautela.²⁷¹

Seguindo na mesma linha de raciocínio, não há coisa julgada quando não houver apreciação do mérito. Na síntese dos atualizadores de Hely Lopes Meirelles,

Não faz coisa julgada, quanto ao mérito do pedido, a decisão que apenas denega a segurança por incerto ou ilíquido o direito pleiteado, a que julga o impetrante carecedor do mandado e a que indefere desde logo a inicial por não ser caso de segurança ou por falta de requisitos processuais para a impetração ou pelo decurso do prazo para impetração (art. 10 da Lei n. 12.016/2009).²⁷²

O § 6º do art. 6º da Lei nº 12.016/09 corrobora essa afirmação, ao estabelecer que “O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.”

Foi, durante muito tempo, discutido se a decisão denegatória do mandado de segurança faria coisa julgada material, em face dos termos do art. 15 da Lei nº 1.533/51²⁷³ e

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 267.

²⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 127.

²⁷³ “Art. 15 - A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.”

da Súmula 304 do STF.²⁷⁴ Todavia, como assinala Celso Agrícola Barbi, acabou prevalecendo o entendimento no sentido de que “se houve certeza sobre os fatos, mas o juiz reconheceu que a lei não dá ao autor o direito subjetivo que ele alega, isto é, se o mandado foi negado com exame do mérito, a sentença faz coisa julgada material.”²⁷⁵ Hoje, a questão está superada, inclusive pelo tratamento dispensado a ela pela nova lei.

²⁷⁴ “SÚMULA Nº 304 DECISÃO DENEGATÓRIA DE MANDADO DE SEGURANÇA, NÃO FAZENDO COISA JULGADA CONTRA O IMPETRANTE, NÃO IMPEDE O USO DA AÇÃO PRÓPRIA.”

²⁷⁵ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 207-208.

6 O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E SUAS PECULIARIDADES

Durante a maior parte de sua história, o mandado de segurança foi entendido como um meio de proteger o cidadão, individualmente, em face dos abusos do Poder Público. É essa a configuração clássica do instituto, da qual até agora nos ocupamos.

Isso, todavia, mudou com a Constituição de 1988. A partir dela, a garantia denominada “mandado de segurança” passou a ser o gênero que engloba duas espécies: mandado de segurança individual e mandado de segurança coletivo. A novidade está nessa última espécie, que passaremos doravante a analisar.

O mandado de segurança coletivo está previsto no inciso LXX do art. 5º da CRFB, nos seguintes termos:

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:

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Antes de adentrarmos na análise propriamente dita do dispositivo constitucional, cabe frisar um aspecto de grande importância para a compreensão do instituto: os pressupostos gerais do mandado de segurança são aplicáveis ao mandado de segurança coletivo. Nas palavras de Uadi Lamêgo Bulos:

o mandado de segurança coletivo é uma espécie do gênero mandado de segurança, sendo idênticos os pressupostos constitucionais para a impetração de ambos, incumbidos de: a) proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*; b) contra ato ou omissão, marcado por ilegalidade ou abuso de poder, praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.²⁷⁶

No mesmo sentido, a lição de Alfredo Buzaid:

O mandado de segurança coletivo pressupõe, *a parte creditoris*, que o impetrante se funde em direito líquido e certo. Do mesmo modo que no mandado de segurança individual, esta condição deve assentar a pretensão do requerente de modo cabal e satisfatório, revelando-se *prima facie* evidente e translúcida. O direito e o fato se

²⁷⁶ BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de Segurança Coletivo**: em Defesa dos Partidos Políticos, Associações, Sindicatos, Entidades de Classe (Doutrina, Jurisprudência e Legislação). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 35.

integram numa unidade incindível. Se o fato não está comprovado, o direito não incide.²⁷⁷

Acerca da configuração da medida, o texto constitucional não diz muito, limitando-se apenas a aludir à legitimação para a sua propositura. Podem valer-se do mandado de segurança coletivo, nos termos do art. 5º, LXX, da CRFB, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas, em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Marinoni e Arenhart, contudo, defendem que a legitimação prevista no mencionado dispositivo constitucional não é exaustiva:

A garantia fundamental, como cediço, não pode ser restringida, mas nada impede (aliás, será muito salutar) que seja ampliada. Daí ser possível questionar-se da possibilidade de autorizar os legitimados para as ações civis públicas a proporem mandado de segurança coletivo. Partindo-se do pressuposto de que o mandado de segurança coletivo é apenas uma forma de procedimento, mostra-se impossível fugir da conclusão de que a tutela dos interesses coletivos já foi outorgada, pelo texto constitucional e por diplomas infraconstitucionais, a outras entidades além daquelas enumeradas no dispositivo em exame. Ora, se essas outras entidades já estão habilitadas à proteção desses interesses, qual seria a racionalidade em negar-lhes autorização para utilizar de uma via processual de proteção? Absolutamente, nenhuma. Diante disso, parece bastante razoável sustentar a ampliação – pelo direito infraconstitucional e também pelas normas constitucionais (v.g., art. 129, III) – do rol de legitimados para a impetração deste remédio constitucional, de sorte que todos os autorizados para as ações coletivas também tenham à sua disposição o mandado de segurança coletivo como técnica processual para a proteção dos interesses de massa.²⁷⁸

É, sem dúvida, muito interessante a posição adotada pelos processualistas paranaenses, mas temos que dela discordar. E isso porque o reconhecimento de uma legitimação ampla para o mandado de segurança coletivo, na forma defendida pelos mencionados doutrinadores, acabaria, na nossa visão, por ultrapassar os limites semânticos de interpretação da norma constitucional; entendemos que a Constituição está sendo claramente taxativa ao estabelecer como legitimadas as entidades descritas nas alíneas “a” e “b” do inciso LXX do seu art. 5º. Nesse mesmo sentido, a doutrina de Alfredo Buzaid:

A lei ordinária não pode ampliar ou diminuir a legitimação do impetrante, tal como foi especificada no art. 5º, LXX, da Constituição da República, de sorte que só têm a faculdade de impetrar o mandado de segurança coletivo as pessoas expressamente designadas na referida norma constitucional.²⁷⁹

²⁷⁷ BUZOID, Alfredo. **Considerações sobre o Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 44.

²⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 268.

²⁷⁹ BUZOID, Alfredo. *op. cit.*, p. 21.

No plano infraconstitucional, a primeira lei a disciplinar o mandado de segurança coletivo foi a Lei nº 12.016/09. Em seu art. 21, o mencionado diploma legal prevê, de forma exclusiva, os mesmos entes referidos no dispositivo constitucional como legitimados à propositura da medida. Veja-se:

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.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, 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;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Como é possível depreender do dispositivo supratranscrito, os partidos políticos possuem legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo quando possuem representação no Congresso Nacional, exclusivamente para defender interesses relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária. Aqui, a lei estabeleceu restrições não previstas no texto constitucional, o que foi severamente criticado por Marinoni e Arenhart:

Quanto aos partidos políticos, a questão é evidente. Ao limitar a legitimação do ente à proteção de interesses de seus integrantes ou à finalidade partidária, o texto infraconstitucional acrescenta condições inexistentes no art. 5.º, LXX, da CR. Essas condições, ademais, restringem o cabimento do mandado de segurança coletivo, já que o instrumento praticamente só poderá ser utilizado para a proteção de seus filiados ou para a proteção de interesses específicos e próprios do partido. Há, aí, clara ofensa à garantia constitucional, que jamais pretendeu que o mandado de segurança coletivo fosse transformado em forma privilegiada de ação coletiva, a ser empregada exclusivamente para a proteção dos interesses dos partidos políticos. Os partidos políticos foram alçados à legitimação para esta ação porque se entendeu que ostentariam representatividade adequada para a proteção de toda a sociedade em diversos assuntos. Aceitando-se a restrição posta no direito infraconstitucional, menospreza-se a medida, transformando-a em ação privilegiada para certo segmento da sociedade.²⁸⁰

Por outro lado, as organizações sindicais, as entidades de classe e as associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano detêm legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo para proteger direitos líquidos e certos do conjunto

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 270.

de seus membros ou associados, ou de apenas parte deles,²⁸¹ na forma de seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, sem a necessidade de autorização especial.²⁸² Não cessam as críticas de Marinoni e Arenhart:

A mesma crítica pode ser feita em relação ao regime de legitimação dado às entidades sindicais e associativas. A permissão dada praticamente transforma essas entidades em “representantes legais” de seus associados ou sindicalizados, para a impetração de mandados de segurança. Vale dizer que o regime dado a essas entidades alicerça-se no art. 5.º, XXI, da CR, olvidando completamente o que prevê o art. 8.º, III, da mesma Carta Maior. Mais do que isso, esqueceu-se o legislador infraconstitucional que sequer para estas tutelas foi restrito o emprego do mandado de segurança coletivo. Novamente, a intenção do legislador constituinte foi oferecer a entes que têm representatividade social o papel de proteção de todos os tipos de direitos metaindividuais ou individuais de massa, de modo que é de todo ilegítimo transformar essa garantia constitucional em simples instrumento mais célere (e privilegiado) para a proteção de interesse de alguns sujeitos – especificamente aqueles vinculados à entidade associativa ou sindical.²⁸³

Contudo, as críticas dos eminentes processualistas não podem ser devidamente apreciadas antes da análise do objeto do mandado de segurança coletivo. É o que passamos a fazer.

O parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/09 estabelece que os direitos passíveis de tutela através do mandado de segurança coletivo são de dois tipos: direitos coletivos (ou seja, “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”) e direitos individuais homogêneos (vale dizer, “os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”). Os interesses difusos, aqueles compartilhados por uma coletividade indeterminada, estão excluídos da proteção pela via do mandado de segurança coletivo. A respeito, a lição de Ernane Fidélis dos Santos:

o mandado de segurança coletivo nunca serviu para a proteção dos interesses difusos, porque referentemente a eles não há possibilidade de dimensionamento, já que não há vínculos jurídicos definidos, tudo em completo estado de indeterminação, sem haver possibilidade de divisão do bem jurídico em quotas

²⁸¹ Nesse particular, a Lei nº 12.016/09 não fez mais do que reproduzir o entendimento já consolidado na Súmula 630 do STF: “SÚMULA Nº 630 A ENTIDADE DE CLASSE TEM LEGITIMAÇÃO PARA O MANDADO DE SEGURANÇA AINDA QUANDO A PRETENSÃO VEICULADA INTERESSE APENAS A UMA PARTE DA RESPECTIVA CATEGORIA.”

²⁸² Mais uma vez, a nova lei limitou-se a reproduzir o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 629: “SÚMULA Nº 629 A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO POR ENTIDADE DE CLASSE EM FAVOR DOS ASSOCIADOS INDEPENDENTE DA AUTORIZAÇÃO DESTES.”

²⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 270-271.

atribuíveis a cada qual dos interessados. É o que ocorre na proteção do meio ambiente e nos interesses relacionados com o consumidor.²⁸⁴

No mesmo sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles:

entendemos que somente cabe o mandado de segurança coletivo quando existe direito líquido e certo da totalidade ou de parte dos associados, e no interesse dos mesmos é que a entidade, como substituto processual, poderá impetrar a segurança, não se admitindo, pois, a utilização do mandado de segurança coletivo para defesa de interesses difusos, que deverão ser protegidos pela ação civil pública.²⁸⁵

Essa opinião, contudo, nunca foi pacífica na doutrina; existiam divergências antes da Lei nº 12.016/09, e continuam a existir agora. Marinoni e Arenhart, que, como já tivemos a oportunidade de referir, buscam dar uma extensão bastante ampla ao instituto do mandado de segurança coletivo, criticam a opção adotada no referido diploma legal:

Exclui a lei, sem razão plausível, os direitos difusos do objeto do mandado de segurança coletivo.

A exclusão é coerente com a opção, manifesta no *caput* do art. 21, de transformar o mandado de segurança coletivo em forma de proteção especial dos associados ou dos vinculados aos legitimados. Porém, como visto, essa maneira de ver o *writ* constitucional é absolutamente equivocada. Conceder via especial e privilegiada para certos particulares defenderem seus interesses certamente violaria a garantia de isonomia, de modo que essa visão do mandado de segurança coletivo não pode prevalecer.²⁸⁶

Temos, novamente, de discordar dos processualistas paranaenses. Entendemos que, como o mandado de segurança coletivo pressupõe a liquidez e certeza do direito invocado pelo impetrante, não constitui ele a via adequada para a proteção de interesses difusos, face às imensas dificuldades (quicá impossibilidade) quanto à demonstração de plano, apenas mediante prova documental, dos fatos que ensejariam a impetração para resguardar tais interesses. Concordamos com a opinião de Uadi Lamêgo Bulos: “É justamente a certeza e liquidez do direito, cuja verificação judicial só se faz possível através de prova documental, que descarta a hipótese dos direitos difusos serem resguardados pelo mandado coletivo.”²⁸⁷ Pela complexidade inerente a essa categoria de interesses, a sua proteção demanda ampla dilação probatória, o que é plenamente possível em outras vias processuais, com destaque para a ação civil pública.

²⁸⁴ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil, Volume 3: Procedimentos Especiais Codificados e da Legislação Esparsa, Jurisdição Contenciosa e Jurisdição Voluntária**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 320.

²⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 131.

²⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 271.

²⁸⁷ BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de Segurança Coletivo: em Defesa dos Partidos Políticos, Associações, Sindicatos, Entidades de Classe (Doutrina, Jurisprudência e Legislação)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 65.

O procedimento do mandado de segurança coletivo é o mesmo do mandado de segurança individual; a única exceção a esta regra está no § 2º do art. 22 da Lei nº 12.016/09 – “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.” Não se trata de uma inovação da atual lei do mandado de segurança; a mesma regra já estava prevista no art. 2º da Lei nº 8.437/92.²⁸⁸

No que se refere à coisa julgada, o *caput* do art. 22 da Lei nº 12.016/09 determina: “No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.” Essa norma estabelece os limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo.

Quanto à litispendência, o § 1º do art. 22 da Lei nº 12.016/09 possui a seguinte redação:

Art. 22. [...]

§ 1.º O mandado de segurança coletivo 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.

Essa última regra merece uma atenção especial. Marinoni e Arenhart criticaram-na de forma muito perspicaz:

A previsão pode parecer inofensiva, na medida em que, aparentemente, limita-se a repetir o regime da litispendência já existente em relação à ação civil pública (art. 104, do CDC). Há, porém, uma pequena diferença, que gera um grave problema. O preceito estabelece – ao contrário do que consta no art. 104, do CDC, que simplesmente alude ao pedido de “suspensão” da ação individual – que, no caso do mandado de segurança, é necessário que o impetrante individual requeira a desistência de seu *writ* para que seja favorecido pela ação coletiva.

A medida, novamente, é de inconstitucionalidade manifesta. Com efeito, vê-se a clara violação à isonomia, já que o direito brasileiro passa a apresentar tratamento distinto para ações comuns e mandados de segurança – na medida em que a legislação agora passa a exigir apenas a suspensão de ação individual para que o prejudicado possa beneficiar-se da sentença coletiva, ao passo que exige a extinção do mandado de segurança individual para que o cidadão possa favorecer-se da decisão no mandado de segurança coletivo – sem qualquer justificativa.²⁸⁹

No mesmo sentido, a observação de Cassio Scarpinella Bueno:

exigir que o impetrante individual, para se beneficiar da decisão proferida em sede coletiva, desista de seu mandado de segurança no prazo de trinta dias a contar da comprovada ciência da impetração do mandado de segurança em sua forma coletiva,

²⁸⁸ “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.”

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 272-273.

além de atritar com o modelo que vem sendo consagrado (e festejado) no direito brasileiro, é medida que atrita, a olhos vistos, com o “modelo constitucional do direito processual civil.”²⁹⁰

E, aqui, devemos concordar com os supracitados autores. É, de fato, bastante curioso o regime de litispendência introduzido pelo § 1º do art. 22 da Lei nº 12.016/09. Na medida em que ele se distancia, sem um motivo razoável, do regime de litispendência nas demais ações coletivas (claramente mais benéfico ao cidadão, que pode apenas requerer a suspensão da sua demanda para ser beneficiado pela sentença proferida na ação coletiva, não sendo necessário que dela desista), há uma disparidade de tratamento que não se coaduna com o princípio da isonomia – inconstitucional, portanto.

²⁹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 178.

CONCLUSÃO

É inegável que uma reforma legislativa não pode ser levada a cabo de maneira despropositada. Ora, pretendendo o legislador alterar o regramento de uma determinada matéria, não deve fazê-lo sem, com isso, trazer alguma novidade importante, que venha a contribuir para sua compreensão e aplicação. Do contrário, estar-se-ia gerando insegurança jurídica, além, é claro, de uma indesejável e desnecessária perda de tempo aos operadores do direito.

Nesse sentido, a impressão deixada pela Lei nº 12.016/09, que deu ao mandado de segurança o seu (pretensamente) novo regramento, é extremamente negativa. A Lei nº 1.533/51, que vigeu por mais de meio século, estava, de fato, bastante defasada, e pode-se dizer que realmente merecia reforma, para que houvesse a adequação do importantíssimo instituto do mandado de segurança à nova ordem constitucional. A Lei nº 12.016/09 não atingiu, nem de longe, esse propósito. Muitos dos seus dispositivos são cópia literal – ou quase literal – da lei anterior, outros tantos são meras reproduções de entendimentos consolidados na jurisprudência e, das escassas inovações trazidas por ela, apenas algumas podem ser consideradas realmente positivas.

São muitos os exemplos que poderiam ser citados aqui; vamos fazer referência apenas aos que melhor ilustram o ponto de vista acima defendido.

Em primeiro lugar, a Lei nº 12.016/09 manteve, no seu art. 4º, a regra prevista no art. 4º da Lei nº 1.533/51, autorizando a impetração de mandado de segurança por meio eletrônico apenas em casos de urgência, o que claramente não se coaduna com a moderna sistemática do processo eletrônico; trata-se, portanto, de um arcaísmo incompreensível e injustificável.

Ainda, o art. 15 da Lei nº 12.016/09 manteve a (no nosso ponto de vista) esdrúxula possibilidade de ser requerida a suspensão da liminar ou da sentença pelo Poder Público, anteriormente prevista no art. 13 da Lei nº 1.533/51; há, aqui, uma inconstitucionalidade manifesta, na medida em que é conferida a apenas uma das partes (não respeitada a isonomia) a possibilidade de requerer a suspensão dos efeitos da decisão que lhe é desfavorável, apenas com base em alegações genéricas de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, mantendo-se, com isso, uma possível violação a direito fundamental do impetrante. Trata-se, na nossa visão, de uma das grandes aberrações do ordenamento jurídico brasileiro.

Da mesma forma, a Lei nº 12.016/09 manteve, em seu art. 23, a previsão relativa ao prazo decadencial de cento e vinte dias para a impetração, regra que constava do art. 18 da Lei nº 1.533/51 e, até mesmo, das leis anteriores a ela. Trata-se de uma norma de

constitucionalidade bastante duvidosa, para dizer o mínimo, já que ela representa um considerável obstáculo à utilização do mandado de segurança, obstáculo que não encontra amparo no texto constitucional.

Outro ponto que deve ser ressaltado consiste na manutenção, pelo art. 7º, § 2º da Lei nº 12.016/09, de uma série de restrições à concessão de liminares contra o Poder Público, anteriormente previstas em legislação esparsa. Tais restrições ferem o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, sendo manifesta a sua inconstitucionalidade.

O art. 25 da Lei nº 12.016/09, que estabelece o descabimento da interposição de embargos infringentes e da condenação em honorários advocatícios no mandado de segurança, nada mais é que uma reprodução do entendimento jurisprudencial sumulado pelos tribunais superiores (Súmulas 597 do STF e 169 do STJ, sobre os embargos infringentes; Súmulas 512 do STF e 105 do STJ, sobre os honorários advocatícios). Contudo, é verdadeiramente absurda a vedação à condenação em honorários, soando tal regra como um desprestígio ao trabalho do advogado.

Dentre as raras inovações trazidas pela Lei nº 12.016/09, destaca-se a estranhíssima previsão do seu art. 7º, inciso II, relativa à necessidade de ser dada ciência da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, a fim de possibilitar o seu ingresso no feito. É uma previsão sem sentido, já que a pessoa jurídica de direito público já está sendo apresentada – na clássica definição de Pontes de Miranda – pela autoridade coatora no primeiro grau de jurisdição. A lei permite que a mesma pessoa figure duas vezes no mesmo polo da relação processual, o que é totalmente ilógico.

Outra importante inovação, que também merece um destaque negativo, diz respeito ao mandado de segurança coletivo. A Lei nº 12.016/09, a primeira a regulamentar a garantia coletiva no plano infraconstitucional, tratou especificamente da matéria em apenas dois artigos, o 21 e o 22. O mandado de segurança coletivo converteu-se, assim, em uma das garantias constitucionais reguladas com menos densidade pela legislação ordinária no Brasil. Não bastasse isso, a determinação do § 1º do art. 22 da Lei nº 12.016/09, ao exigir que o impetrante desista de seu mandado de segurança individual para que possa ser beneficiado pela decisão proferida no mandado de segurança coletivo, não está de acordo com o tratamento dado pelo direito brasileiro a outras ações coletivas, nas quais é exigida, para o mesmo fim, tão-somente a suspensão da ação individual. Não há nada que justifique essa diferença de tratamento; trata-se, portanto, de uma evidente afronta à isonomia.

Enfim, são tantos os destaques negativos da nova lei que mesmo algumas inovações positivas trazidas por ela, como a supressão da vedação ao cabimento do mandado de segurança contra ato disciplinar, acabam por ficar irremediavelmente eclipsadas.

É ideia corrente, no moderno direito administrativo, que não há supremacia do interesse público quando estiverem em jogo direitos fundamentais; o Estado não pode valer-se de sua posição de pretense garantidor da vontade geral para, com isso, vilipendiar os direitos fundamentais do cidadão. A Lei nº 12.016/09, contudo, parece não estar de acordo com essa concepção. O mandado de segurança, garantia constitucional fundamental que deveria ser tratada de forma a assegurar a sua máxima eficácia, recebeu um tratamento legislativo que, ousamos dizer, privilegia os interesses da máquina estatal em detrimento dos direitos fundamentais do cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, trad. de Virgílio Afonso da Silva.

ALVIM, Arruda. **Mandado de Segurança e Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 5: Recursos, Processos e Incidentes nos Tribunais, Sucedâneos Recursais: Técnicas de Controle das Decisões Jurisdicionais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Liminar em Mandado de Segurança: um Tema com Variações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BUENO VIDIGAL, Luís Eulálio de. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: [s.n.], 1953.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de Segurança Coletivo: em Defesa dos Partidos Políticos, Associações, Sindicatos, Entidades de Classe (Doutrina, Jurisprudência e Legislação)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **Do Mandado de Segurança**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

CRETILLA JÚNIOR, José. **Do Mandado de Segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Porto Alegre: L&PM, 2005, trad. de Paulo Neves.

FADEL, Sergio Sahione. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1976.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, trad. de Luís Afonso Heck.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 5: Procedimentos Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NUNES, José de Castro. **Do Mandado de Segurança e de Outros Meios de Defesa contra Atos do Poder Público**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lux, 1967.

PACHECO, José da Silva. **O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil, Volume 3: Procedimentos Especiais Codificados e da Legislação Esparsa, Jurisdição Contenciosa e Jurisdição Voluntária**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **Mandado de Segurança**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1995.

SIDOU, José Maria Othon. **Do Mandado de Segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

WALD, Arnoldo. **Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.