



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Comentários à nova lei do mandado de segurança (Lei 12.016/09)

Gisele Brasil Vilarinho Faro

Rio de Janeiro
2010

GISELE BRASIL VILARINHO FARO

Comentários à nova lei do mandado de segurança (lei 12.016/09)

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

COMENTÁRIOS À NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI 12.016/09)

Gisele Brasil Vilarinho Faro

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Delegada de Polícia Civil.

Resumo: Dentre as inovações trazidas pela Lei 12.016/09 está a supressão da referência a funções delegadas do poder público, passando o ato de autoridade pública ser aquele praticado por autoridades públicas propriamente ditas e o ato praticado por representantes ou órgãos de partidos políticos; administradores de entidades autárquicas; e, ainda, os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público (art. 1º , parágrafo 1º, da Lei 12.016/09).

Palavras-chaves: Legitimidade. Ato de autoridade. Mandado de Segurança.

Sumário: Introdução. 1. Conceito. 2. Objeto. 3. Legitimidade. 4. Ato de Autoridade. 5. Formas de cabimento. 5.1. Procedimento. 5.2. Litisconsórcio no mandado de segurança. 5.3. Sentença 5.4. Recursos. 5.5. Coisa Julgada. 5.6. Mandado de Segurança Coletivo. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema mandado de segurança sob o enfoque da Lei 12.016/09 e suas alterações no que tange ao conceito de ato de autoridade e a legitimidade para impetração do remédio constitucional.

O presente trabalho tem por finalidade trazer as inovações acerca do mandado de segurança, principalmente no que diz respeito ao conceito de ato de autoridade e a legitimidade ativa e passiva para sua impetração.

O mandado de segurança surgiu, inicialmente, na Constituição de 1934, como forma de preencher lacuna do *habeas corpus*, que a partir de então, passou a tratar tão somente da liberdade ambulatorial. Isso se deu, pois percebeu-se que para os demais direitos havia necessidade da concepção de um instituto que protegesse esses direitos.

O mandado de segurança, portanto, se presta a defesa de direito individual ou coletivo líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão; pode ser preventivo ou repressivo. Pode ser proposto em face de pessoa física ou jurídica, órgãos públicos despersonalizados, dotados de capacidade postulatória; podem impetrar mandado de segurança, pessoas físicas, jurídicas, entes personificados e universalidades reconhecidas por lei.

Em regra, o mandado de segurança tem caráter repressivo, no entanto, é cabível o mandado de segurança também para evitar uma lesão a direito líquido e certo (mandado de segurança preventivo), ressalvando-se o entendimento do acórdão do TRF-5ª região, que inadmite a utilização do mandado de segurança como meio de obter declaração de situação jurídica, com eficácia para o futuro. Segundo o doutrinador Mendes (2009), o mandado de segurança pode assumir essa feição de ação declaratória, desde que haja uma ameaça concreta ao direito do impetrante, desde que venha expresso de modo preciso na petição inicial. Por ser uma ação de índole constitucional, tem um rito sumário especial, destinada a afastar a violação a direito líquido e certo. Neste diapasão, o mandado de segurança para fins de fixação de competência, adequa-se ao conceito de causa, logo se for interessada a União Federal , deve-se aplicar o previsto no art. 109 da Carta Magna. Diferencia-se das demais ações civis, em razão do procedimento sumário. É imperioso conceituar o instituto do mandado de segurança a fim de possibilitar um estudo mais detalhado acerca do tema.

1. CONCEITO

O mandado de segurança vem previsto no art. 5º, LXIX, da CRFB e atualmente regulado na Lei 12.016/2009. É considerado remédio constitucional voltado para proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas data* ou *habeas corpus*, 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.

Deve ser impetrado no prazo decadencial de cento e vinte dias a partir da ciência pelo interessado do ato impugnado. O mandado de segurança visa a proteção de direito líquido e certo violado por ato de autoridade e para tanto, cabe conceituá-lo.

2. DO OBJETO

Segundo dispõe o art. 1º da Lei 12.016/09, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo praticado por ato de autoridade com abuso de poder ou ilegalidade. Dispõe o mesmo artigo, que qualquer pessoa física ou jurídica poderá impetrá-lo sempre que sofrer violação ou ameaça de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. O objeto do mandado de segurança é a invalidação do ato comissivo ou omissivo de autoridade que lesa ou venha a lesar direito líquido e certo. O STJ já sumulou, através da Súmula n. 217, no sentido de ser o mandado de segurança, a ação adequada para declaração do direito à compensação tributária.

Segundo o doutrinador Mendes (2009), a lei do mandado de segurança equiparou os representantes ou órgão de partido político, administradores de entidade autárquica e dirigentes de pessoas jurídicas e pessoas naturais no exercício de atribuição do poder público

à autoridade. No entanto a própria lei, excetua os atos de gestão comercial praticados por administradores de empresa pública e sociedade de economia mista ou de concessionárias de serviço público, excluindo-os da qualidade de ato de autoridade pública. O STJ sumulou a questão, na Súmula n. 333, no sentido de caber mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista e empresa pública.

Considera-se autoridade coatora federal, para fins de impetração de mandado de segurança, quando o ato praticado, gerar conseqüências de ordem patrimonial a serem suportadas pela União ou entidade por ela controlada. Logo, se o ato advier de autoridade federal, a competência para a análise do mandado de segurança será da Justiça Federal nos termos do art. 109, I, da Constituição da República Federativa do Brasil. Caso contrário, deve-se observar a entidade ao qual o agente coator é vinculado, para estabelecer a competência do legitimado passivo do mandado de segurança.

2. DA LEGITIMIDADE

A legitimidade passiva para impetração do mandado de segurança ganhou amplitude, pois será cabível contra ato de autoridade propriamente dita, bem como contra aqueles atos praticados por representantes ou órgãos de partidos políticos, administradores de entidades autárquicas e dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuição do poder público, sendo inclusive admitido pelo STJ, a impetração do mandado de segurança contra ato ilegal de dirigente de sociedade de economia mista concessionária de serviços de energia elétrica que cortou o fornecimento de energia para locais cujos pagamentos estavam em dia (Resp n 174.085-GO).

É necessário distinguir a figura da autoridade pública do agente público, pois a autoridade pública é aquele que tem competência e poder de decisão, enquanto o agente

público tem o papel de mero executor do ato. O executor não pode ser considerado como coator, pois coator será aquele dotado de poder de decisão. Nessa linha de raciocínio, cabe ressaltar que consideram-se atos de autoridade aqueles praticados por representantes de órgãos políticos, administradores de entidades autárquicas e dirigentes de pessoas jurídicas ou naturais no exercício de atribuições do poder público. A título de ilustração, entendeu o STJ ser autoridade coatora para figurar como legitimado passivo no mandado de segurança, o Ministro da Defesa, no que diz respeito à omissão de dar cumprimento integral à portaria que reconhece a condição de anistiado político do autor (MS 15255/DF).No entanto, a própria lei ressalva ser incabível o *mandamus* contra ato de gestão comercial de dirigentes de sociedade de economia mista e de concessionária de serviço público. Também não podem figurar como legitimados passivos , aqueles atos praticados por pessoas ou instituições particulares cuja atividade seja autorizada pelo Poder Público, como escolas privadas.

Cabe ressaltar, que a lei do mandado de segurança trouxe uma possibilidade de litisconsórcio facultativo, no art. 1º, p. 3º, da Lei n. 12.016/09, pois estabelece que quando o direito ameaçado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

Outra previsão interessante e inovadora, diz respeito à possibilidade do titular de direito líquido e certo decorrente de direito de terceiro, poder impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer no prazo de trinta dias, quando notificado judicialmente. A lei condiciona o exercício desse direito ao prazo de cento e vinte dias, a contar da notificação. Há entendimento do STJ no sentido de não ser cabível mandado de segurança contra ato judicial por terceiro prejudicado, quando cabível manejo de embargos de terceiro e houver necessidade de dilação probatória (AgRg no RMS 32420/ES). Cabe esclarecer o conceito de ato de autoridade para fins de mandado de segurança.

4. ATO DE AUTORIDADE

A fim de dirimir a dificuldade que envolve o conceito de ato de autoridade pública, que é o objeto do mandado de segurança, cabe aqui conceituá-lo, haja vista que a partir desta definição será delimitada a legitimidade passiva da ação constitucional.

Segundo Mendes (2009), ato de autoridade pública é aquele ato revestido de poder de decisão e praticado por quem detenha competência para a prática do ato; considera-se, ainda, ato de autoridade, qualquer omissão administrativa que possa causar lesão a direito subjetivo do administrado. Os atos judiciais são considerados atos de autoridade que podem ensejar o cabimento do mandado de segurança, desde que contra eles não caiba recurso previsto em lei processual e com efeito suspensivo. Dispõe a lei que não será cabível mandado de segurança contra ato do qual caiba recurso com efeito suspensivo, independentemente de caução; não caberá o remédio constitucional contra decisão judicial transitada em julgado e como já exposto, acima, contra decisão judicial que caiba recurso com efeito suspensivo. O STF na Súmula n. 429, estabeleceu que a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão de autoridade.

O ato de autoridade poderá ter origem em qualquer dos três Poderes, tais como atos judiciais não transitados em julgado, desde que impugnáveis por recurso com efeito meramente devolutivo; ato de parlamentar que infrinja o devido processo legal de elaboração de leis ou que ofendam prerrogativas do impetrante; ato administrativo que não caiba recurso com efeito suspensivo. No entanto, não será cabível mandado de segurança contra a coisa julgada, lei de efeito abstrato, decisão judicial que caiba recurso com efeito suspensivo ou reclamação.

A atual lei, ao contrário da anterior (Lei 1533/51, art. 5º) não veda a impetração de mandado de segurança contra ato disciplinar; sendo este o entendimento do Ministro Carlos Veloso, do STF, que considera incompatível com o remédio constitucional a restrição prevista na lei anterior.

Balizado o conceito de ato de autoridade, é tranqüilo afirmar que não caberá a impetração da ação constitucional contra ato de pessoas jurídicas ou naturais dirigentes de entidade autárquica que não esteja investida do exercício de atribuições do Poder Público, logo não caberá impetração contra ato de dirigente de estabelecimento de ensino particular; matéria anteriormente controvertida e que veio pacificar-se com a redação do art. 1º, parágrafos 1º e 2º da Lei 12.016/09, que estabeleceu o requisito de “ exercício de atribuições do Poder Público “.

Será, portanto, autoridade coatora, aquela pessoa que ordenar ou omitir a prática do ato impugnado e o superior que determina normas gerais para a sua execução.

Não se deve confundir o executor material do ato, com aquele que o determina, pois é coator a autoridade dotada de poder de decisão que pratica ou ordena concretamente a execução ou inexecução do ato impugnado; o executor pratica atos materiais e é subordinado à autoridade coatora, pois está obrigado em razão do poder hierárquico, a cumprir a ordem exarada pelo seu superior. Não será cabível a segurança contra ato de autoridade que não tenha competência legal para sanar o ato praticado com vício de ilegalidade. Somente a autoridade que possa corrigi-lo é passível de ter o ato impugnado. Para tanto, é necessário explicitar as hipóteses de cabimento do mandado de segurança e o seu procedimento.

5.FORMAS DE CABIMENTO

O erro na indicação da autoridade coatora conduzirá à carência da ação por ilegitimidade passiva; há o entendimento que por uma questão de economia processual, o juiz

poderia determinar a notificação da autoridade pertinente em razão do previsto no art. 113, parágrafo 2º, do CPC, haja vista que em razão da complexidade que envolve a estrutura da Administração Pública, fica difícil ao particular identificar corretamente a quem deve ser dirigida a ação. No entanto, o STF e o STJ vêm entendendo pela extinção do processo por ilegitimidade passiva quando ocorrer esta hipótese de indicação equivocada do agente coator, pois não caberia ao tribunal determinar de ofício a substituição da parte impetrada.

O coator poderá fazer parte de qualquer dos Poderes do Estado e a quaisquer entidades estatais da administração direta e indireta, bem como aos concessionários e permissionários de serviço público; as atribuições delegadas colocam como coator o agente delegado que praticar o ato.

Da mesma forma, se o ato a ser praticado for avocado pela autoridade superior, esta passará a ser a autoridade coatora de modo que se deslocará a competência do Juízo, desde que haja vínculo hierárquico entre aquele que avoca e o subordinado; pois a competência para o julgamento do mandado de segurança define-se pela categoria da autoridade coatora e sua sede funcional; assim, se o ato impugnado tiver sido praticado por entidade privada ou ente estadual, mas atuando por delegação de ente federal, a competência para julgamento da ação será da Justiça Federal.

Para a fixação do juízo competente em mandado de segurança, impende identificar a sede da autoridade coatora e não a natureza do ato impugnado.

Caberá impetração da ação constitucional por meio de telegrama, radiograma, fax ou outro meio de autenticidade comprovada, em caso de urgência, assim como poderá o juiz notificar a autoridade coatora do mesmo modo.

Outra inovação que a lei traz em seu bojo, é a previsão em seu próprio texto de cabimento de medida liminar e desta, o cabimento de agravo na hipótese de concessão ou denegação.

A nova lei do mandado de segurança estabelece a impossibilidade de concessão de medida liminar para fins de compensação de créditos tributários, 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, sendo estas previsões anteriormente disciplinadas pelas Leis n. 2770/56, art. 2º e 4348/64, art.5º.

Por fim, cabe trazer à colação a inovação legislativa no que diz respeito à possibilidade de impetração do *mandamus* pelo titular de direito líquido e certo decorrente de terceiro, a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 dias contados da sua notificação judicial; logo somente o direito individual, que é aquele que pertence a quem o invoca, legitima a impetração. Desta feita, conclui-se que a nova lei do mandado de segurança veio esclarecer alguns pontos passíveis de controvérsia quando submetidos à disciplina da lei anterior de n. 1533/51, estando pacificadas atualmente; assim como unificou as regras que disciplinavam as concessões de liminares em um mesmo diploma e inseriu uma nova hipótese de legitimidade ativa para defesa de direito decorrente de terceiro como explicitado acima.

O novo diploma que trata do mandado de segurança compilou em uma única lei os procedimentos que cuidavam da compensação de créditos tributários, entregas de mercadorias oriundas do exterior e reclassificação e equiparação de servidores públicos, que antigamente, vinham tratados na lei n. 2770/56; lei n. 4348/94 e lei n. 5021/66.

Cabe, portanto, uma análise detalhada acerca da atual forma de procedimento trazido pela nova lei.

5.1. DO PROCEDIMENTO

A petição inicial deve preencher os requisitos do art. 282 do CPC, deve ser apresentada em duas vias com os documentos que comprobatórios do direito líquido e certo, indicando a autoridade coatora e a pessoa jurídica da qual faça parte. Na hipótese do documento comprobatório do direito do impetrante encontrar-se em repartição pública ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo, o juiz pode ordenar de ofício que este documento seja exibido por cópia autenticada no prazo de dez dias.

No entanto, se a autoridade que estiver retendo o documento for a autoridade coatora, o juiz determinará a apresentação do documento no próprio instrumento de notificação. Será considerada autoridade coatora, aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem. O mandado de segurança, por sua vez, será extinto sem resolução do mérito, quando estiverem presentes as hipóteses do art. 267, do CPC, tais como: se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento regular do processo; quando o juiz acolher alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; quando não concorrer quaisquer das condições jurídicas da ação, como possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual ou quando o autor desistir da ação.

Sendo o mandado de segurança denegado, poderá ser renovado no prazo decadencial de cento e vinte dias, se a decisão não houver apreciado o mérito.

Ao despachar a inicial, o juiz determinará que se notifique o coator, encaminhando cópia da petição inicial juntamente com cópia dos documentos apresentados pelo impetrante; determina que se dê conhecimento ao órgão de representação da pessoa jurídica a qual está vinculada a autoridade coatora, para que se desejar ingresse no procedimento como litisconsorte necessário e apresente as informações no prazo de dez dias. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a ausência da pessoa jurídica no feito anula o procedimento.

Pode o juiz, ainda, determinar a suspensão do ato ilegal, quando houver fundado receio e fundamento relevante que a manutenção do ato impugnado pode resultar na ineficácia da medida ao final do julgamento; é facultado ao juiz exigir caução, fiança ou depósito, com a finalidade de garantir eventual ressarcimento à pessoa jurídica, na hipótese de não êxito por parte do impetrante.

Da decisão do juízo que denegar ou conceder a liminar, caberá agravo de instrumento na forma do art. 522 do CPC. Uma vez deferida a medida liminar, o processo terá prioridade de julgamento. Será decretada a caducidade da medida liminar deferida, se o impetrante deixar de promover os atos de sua responsabilidade, no prazo de três dias ou se criar obstáculos ao andamento da ação.

A autoridade impetrada, tomando conhecimento da notificação, deverá remeter cópia no prazo de quarenta e oito horas ao órgão a quem tiver representação judicial do Estado, União ou Município ou da entidade a qual está vinculada, de modo a possibilitar a defesa.

A petição inicial será indeferida de plano, quando o mandado de segurança não for a via adequada para o direito que se pede, quando decorrido o prazo decadencial ou quando faltar algum dos requisitos legais. Indeferida a petição inicial, caberá o recurso de apelação; e se o julgamento do mandado de segurança for em tribunal de apelação, em razão de competência originária, do ato do relator que venha indeferir a petição inicial, caberá agravo para o órgão competente do tribunal que o relator faça parte.

Terminado o prazo de dias para a autoridade prestar as informações pertinentes, será dada oportunidade para manifestação do Ministério Público, que dará seu parecer no prazo de dez dias improrrogavelmente.

Concedido o mandado de segurança, o juiz mandará mediante ofício, correio ou oficial de justiça cópia do inteiro teor da sentença ao impetrado e à pessoa jurídica a qual está

vinculado. Na hipótese de urgência, pode o juiz utilizar-se de telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada. Constitui crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas.

Já delineados os contornos gerais do mandado de segurança, seu conceito, cabimento e legitimados, cabe trazer algumas questões processuais que envolvem o tema, tais como : o conceito de direito individual e coletivo; a possibilidade de litisconsórcio e assistência em sede de mandado de segurança; liminar; sentença; recursos; execução ; coisa julgada; mandado de segurança coletivo.

O direito individual é aquele que pertence somente a quem o invoca, não pertencendo à classe ou categoria; é direito do impetrante, o único a ter direito à impetração. Quando o direito pertence a outrem, será cabível ação popular ou ação civil pública, de modo que este é o entendimento do STF, que editou a súmula 101, segundo a qual “ o mandado de segurança não substitui a ação popular “.

Já o direito coletivo é aquele assegurado de modo igual e indivisível a um determinado grupo da sociedade, decorrente de determinada relação jurídica comum (Moreira Neto, 2003).

Direitos transindividuais ou direitos difusos são aqueles de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas vinculadas por uma circunstância fática.

Interesses ou direitos coletivos são os direitos transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo ou categoria com pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária.

Interesses ou direitos individuais homogêneos são os direitos divisíveis e decorrentes de origem comum.

Já o direito líquido e certo é aquele que é manifesto em sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração, ou seja, o direito a gerar

impetração do mandado de segurança individual ou coletivo é aquele expresso em norma legal e que traz em si todos os requisitos de sua aplicabilidade.

Quando a lei alude ao termo “líquido e certo”, quer dizer que esse direito deve ser comprovado de plano quando da impetração do mandado de segurança, pois se depender de comprovação posterior ou de dilação probatória, o mandado de segurança não será o meio apto de garanti-lo. A prova no mandado de segurança deve ser pré-constituída, tendo o Tribunal de São Paulo mandado desentranhar prova documental apresentada posteriormente á petição inicial, pois não é cabível a produção de prova documental em sede de mandado de segurança.

Não há no procedimento do mandado de segurança a fase de propositura e produção de provas, tal qual no procedimento ordinário; há apenas um prazo para que o impetrado apresente as informações sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante.

Fixada a lide, será proferida a sentença. Já o impetrante deve oferecer as provas juntamente com a petição inicial (art. 6º, parágrafo 1º, da Lei 12.016/09), valendo lembrar que o grau de complexidade do direito postulado não se constituirá em óbice para análise do mandado de segurança.

O próprio STJ já admitiu a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sede de mandado de segurança, desde que a prova pré-constituída estivesse apta a demonstrar a fraude que permite a aplicação da teoria. Por outro lado o STF editou a Sumula n. 625, que dispõe: “controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão de mandado de segurança”.

O que se tem por objeto do mandado de segurança ?

É o ato de autoridade que venha a ferir direito líquido e certo; o ato pode ser proveniente de qualquer dos três Poderes, exceto lei em tese, coisa julgada e ato *interna corporis* de órgãos colegiados.

Em regra as leis abstratas, em razão de seu caráter de generalidade são insuscetíveis de causar dano, salvo se essa lei tiver efeitos concretos, vindo a atingir direito individual do impetrante; logo há que observar se a lei, materialmente comporta-se como ato administrativo, produzindo efeitos concretos; nesta hipótese será possível impetrar mandado de segurança.

Por leis e decretos de efeitos concretos tem-se aqueles que trazem o resultado específico pretendido, por exemplo, leis que concedem isenções fiscais, que fixam tarifas, proíbem atividades, aprovam planos de urbanizações.

O STF já sumulou a questão através da Súmula n. 266 e com relação à coisa julgada, o art. 5º, III, da Lei n. 12016/09 previu, expressamente, a proibição de ser concedida a segurança contra decisão transitada em julgado.

Também não é cabível mandado de segurança para declaração de inconstitucionalidade; e inicialmente, também não é cabível mandado de segurança para atos políticos, que são aqueles praticados por altas autoridades, com fundamento constitucional. No entanto, se esses atos políticos ultrapassarem os limites fixados na Constituição da República Federativa do Brasil e por ventura, vierem a lesar direito líquido e certo de outrem, sujeitar-se-ão ao controle de legalidade via mandado de segurança.

É cabível mandado de segurança contra decisão judicial que não caiba recurso com efeito suspensivo (art. 5º, II, da Lei n. 12.016/09), no mesmo sentido contra ato administrativo e deliberação legislativa, que não caiba recurso. Por deliberações legislativas tem-se decisões de Plenário ou da Mesa ofensivas de direito individual ou coletivo de terceiros, membros das comissões, no uso de suas atribuições e prerrogativas institucionais.

Com relação a ato administrativo que caiba recurso de efeito suspensivo, independente de caução, a lei do mandado de segurança proíbe a impetração do *mandamus* (art. 5º, I, da Lei n. 12016/09). No entanto, a lei não está obrigando àquele que teve o direito

lesado a esgotar a via administrativa, para depois utilizar-se da via judicial, já que uma vez impetrado recurso com efeito suspensivo contra ato administrativo, o recurso retira a exeqüibilidade do ato, o que impede a impetração do mandado de segurança, pois se o ato está sobrestado, será insuscetível de causar dano. Agora, se para a impetração do mandado de segurança for exigida qualquer espécie de garantia, caberá mandado de segurança.

Outro ato que não permite a impetração do mandado de segurança, é decisão judicial contra a qual caiba recurso específico com efeito suspensivo ou correção parcial. No entanto, se couber recurso com efeito suspensivo, o mandado de segurança não pode ser utilizado como substitutivo do recurso próprio, pois não serve para reformar a decisão impugnada. Logo, os tribunais têm decidido que é cabível mandado de segurança contra ato judicial de qualquer natureza, desde que ilegal e não haja recurso eficaz, como por exemplo, na hipótese em que terceiro que não foi parte, seja atingido por uma decisão judicial, não sendo exigível a interposição do recurso, podendo ser manejado o mandado de segurança, conforme sumula n. 202 do STJ.

É tradição da jurisprudência brasileira a aceitação do mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo nos mesmos moldes do agravo de instrumento.

No que tange a ato praticado em processo do Juizado Especial, na ausência de previsão de recurso em lei, a jurisprudência admite a impetração do mandado de segurança perante a Turma recursal.

Ato disciplinar também é passível de mandado de segurança, inovação trazida pela nova lei, já que a anterior vedava, salvo nas hipóteses de ato disciplinar praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial. Atualmente, admite-se a análise de mérito do ato disciplinar desde que ilegais e abusivos.

O ato de dirigente de estabelecimento particular também é passível de mandado de segurança, desde que esteja no exercício de atribuições do Poder Público (art. 1º, parágrafo

1º, da Lei n. 12.016/09) ; a mesma lógica se aplica às sociedades de economia mista, empresas públicas e concessionárias de serviço público. Como por exemplo, é cabível mandado de segurança contra ato de diretor de estabelecimento de ensino particular que retenha indevidamente documentos do aluno; por outro lado, já se entendeu incabível o remédio constitucional em relação à matéria de regimento interno de estabelecimento. E no caso em tela, será litisconsórcio ativo todos aqueles que tiverem os seus documentos retidos pelo diretor do estabelecimento de ensino indevidamente.

5.2.DO LITISCONSÓRCIO NO MANDADO DE SEGURANÇA

Cabe, inicialmente, esclarecer o conceito de litisconsorte; litisconsorte é parte e não terceiro na relação processual. E segundo o nosso sistema processual ,somente será parte aquele que figura na relação jurídica material. O litisconsórcio é expressamente admitido no mandado de segurança (art. 24, da Lei n. 12.016/09) e no caso do litisconsórcio necessário, a sua ausência gera nulidade do procedimento. Com relação ao assistente, não é cabível no mandado de segurança, em razão de não ter sido previsto expressamente. A medida liminar é provimento cautelar admitido pela lei que regula o remédio constitucional, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida (art. 7º, III, da lei 12.016/09).

Atualmente, a lei prevê expressamente, a possibilidade de condicionar a concessão da liminar à prestação de garantia. Prevê, ainda, a impossibilidade de concessão de medida liminar que tenha por objeto 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 extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (art. 7º, parágrafo 2º).

A medida liminar concedida se manterá em vigor até a prolação da sentença, salvo se revogada ou cassada; ao contrário da redação anterior que estabelecia que a medida liminar

teria o prazo de noventa dias, prorrogáveis por mais trinta dias, no caso de necessidade. Apesar de tudo, havia entendimento de embora houvesse prazo de duração, a liminar subsistia, sendo necessário que o juiz declarasse a cessação de seus efeitos.

O Ministério Público e a pessoa jurídica de direito público podem requerer ao presidente do tribunal ao qual couber conhecer do recurso, a suspensão da execução da liminar ou da sentença concessiva da segurança, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Da decisão que suspender a medida liminar ou a sentença concessiva da segurança, caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de 5 dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

Estabelece, ainda a Súmula n. 626 do STF, que a suspensão da medida liminar em mandado de segurança, salvo previsão em contrário na decisão que deferir a liminar, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança; havendo recurso, até a sua manutenção pelo STF, desde que o objeto da liminar coincida, total ou parcialmente, com o da impetração. Na hipótese de indeferimento do pedido de suspensão ou de provimento do agravo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do recurso especial ou extraordinário. Cabe ressaltar que os efeitos dessa decisão são ex-nunc e não tem caráter recursal.

5.3.SENTENÇA

Com relação à sentença, ela pode ser de carência da ação ou de mérito. Ocorre a carência quando o impetrante não satisfaz os pressupostos processuais e as condições da ação. Já a sentença de mérito aprecia o direito invocado, a sua existência, sua liquidez e certeza a fim de concluir pela concessão ou denegação da segurança. Não há condenação em honorários advocatícios conforme Súmula n. 105 do STJ. Uma vez concedida, a execução da sentença que concede a segurança é imediata, específica, pois é feita a partir do cumprimento do

provimento judicial, não havendo possibilidade de substituição por pena pecuniária.

Na hipótese de haver danos a compor, deve-se propor ação direta e autônoma, salvo na hipótese de concessão de vencimento e vantagens pecuniárias de servidores públicos (Lei n. 5021/66), que uma vez reconhecidos na sentença concessiva, apuram-se por cálculo ao contador e se executam nos próprios autos do mandado de segurança (cabe ressaltar, que os cálculos pelo contador foram extintos pela Lei n. 8898/94; e se a apuração do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor deve para iniciar a execução, apresentar a memória discriminada e atualizada do cálculo; caso contrário a liquidação da sentença deve seguir o rito do art. 475-A a 475-H do CPC. Da sentença concedendo ou denegando o mandado de segurança, cabe apelação; e da concessão da segurança, cabe reexame necessário, sob pena de ineficácia da decisão.

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 ou municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da petição inicial. Considerando todo o exposto, cabe comentar acerca dos recursos cabíveis em sede de mandado de segurança.

5.4. DOS RECURSOS

Os recursos cabíveis são: da decisão do juiz que concede ou nega a liminar, cabe agravo de instrumento; da decisão do juiz que concede a segurança ou denega, cabe apelação; recurso de ofício para sentença que concede a segurança; agravo regimental do despacho do Presidente do tribunal que suspender a execução da sentença ou cassar a liminar (regimento interno do STF, art. 297). Os legitimados a propor os recursos são: impetrante, impetrado, Ministério Público, litisconsortes, terceiros prejudicados e pessoa jurídica a qual pertencer o coator. Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos , quando

não publicadas no prazo de trinta dias, contado do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão.

Das decisões proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário quando for denegada. Cabe recurso ordinário para o STF, quando denegatória a decisão em mandado de segurança decidido em única instância pelos Tribunais Superiores. Compete ao STJ, julgar originariamente os mandados de segurança contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica ou do próprio Tribunal. Cabe ao STJ julgar em recurso ordinário os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal, quando denegatória a decisão. Cabe ao Tribunal Regional Federal conhecer dos mandados de segurança impetrados contra ato do próprio tribunal ou de juiz federal. Cabe ao juiz federal processar os mandados de segurança contra ato de autoridade federal.

Não cabe no mandado de segurança, a propositura de embargos infringentes e a condenação ao pagamento em honorários advocatícios, sem prejuízo de sanção na hipótese de litigância de má-fé. Nessa linha de raciocínio, a Súmula n. 169 do STJ que diz serem inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança; no mesmo sentido, o STF, através da Súmula n. 293, diz serem inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do STF em mandado de segurança e a Súmula n. 597 do STF, que estabelece não caber embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança decidiu por maioria de votos a apelação; com relação aos honorários advocatícios, dispõe a Súmula n. 512 do STF, não caber condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, exceto o *habeas corpus*. Na instância superior deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao

relator. O prazo de conclusão dos autos não pode ultrapassar o prazo de cinco dias. Ultrapassadas as questões relativas à sentença e aos recursos, cabe mencionar rapidamente acerca da coisa julgada no mandado de segurança e seus efeitos.

5.5. DA COISA JULGADA

A coisa julgada material no mandado de segurança ocorre quando a decisão aprecia o mérito, concedendo ou denegando o direito, por reconhecer ou não, a existência do direito. Caso não haja análise do mérito, tal como, por ser o direito ilíquido ou incerto, não faz coisa julgada o mandado de segurança. Nessa linha de raciocínio, a súmula n. 304 do STF, consignou que , quando a decisão proferida em mandado de segurança conclui que não assiste direito ao impetrante, apreciado o mérito, o único modo de atacar a coisa julgada assim formada é a ação rescisória.

A sentença ou acórdão que denegar o mandado de segurança sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

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

O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante individual, se não requerer a desistência do seu mandado de segurança no prazo de trinta dias, a contar da ciência da impetração do mandado de segurança coletivo.

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 manifestar no prazo de 72 horas.

Com relação ao mandado de segurança coletivo, ele pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento por pelo menos um ano. Antes do advento da Lei n. 12.016/09, não havia norma específica que regulasse o mandado de segurança coletivo, sendo aplicado à espécie as normas da Lei n. 1.533/51.

Atualmente aplica-se a Lei n. 12.016/09, tanto para o mandado de segurança individual como para o mandado de segurança coletivo.

5.6. DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A Constituição Federal trouxe essa possibilidade no art. 5º, LXX, e inovou quanto à legitimidade ativa das entidades que podem impetrá-lo, pois possibilitou às entidades de classe que impetrem mandado de segurança coletivo em prol dos direitos dos associados, de modo que a impetração será em nome da associação.

O mandado de segurança não serve para defender direito individual do associado, pois a sua finalidade é a defesa do direito ou prerrogativa da categoria (art. 21, da Lei n. 12016/09).

Em razão da controvérsia que o assunto ocasionou, o STF editou a súmula n. 630, dispondo que “ a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança, ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”. Os

Tribunais também tem permitido a impetração do mandado de segurança para defesa de direitos transindividuais.

No entanto, segundo Mendes (2009), somente caberá mandado de segurança coletivo para defesa dos interesses de seus membros, quando existir direito líquido e certo de parte dos associados, pois direitos difusos devem ser defendidos através da ação civil pública. Nessa linha de raciocínio, basta observar o texto da Lei n. 12.016/09, que em seu art. 21, estabelece que os direitos que permitem proteção via mandado de segurança coletivo, são: direitos coletivos e individuais homogêneos.

Outra controvérsia que surge diz respeito a necessidade de autorização dos associados para impetração do mandado de segurança; o STF sumulou o tema dispensando a necessidade de autorização especial, o que veio explicitamente no art. 21 do novel diploma, não sendo mais necessário autorização especial em assembléia.

Assim como ocorre com as ações civis públicas, o resultado do mandado de segurança só vai produzir efeitos ultrapartes se a decisão for positiva, pois caso o mandado de segurança seja denegado por ausência de prova pré-constituída, não prejudicará os membros do grupo. Da mesma forma, a impetração de mandado de segurança coletivo não impede a impetração em caráter individual, desde que ele desista da impetração do mandado de segurança coletivo no prazo de trinta dias. Ao contrário do procedimento previsto para o mandado de segurança, o STF exige para a propositura de ação coletiva, a autorização dos filiados para o ajuizamento da ação.

O mandado de segurança coletivo tem o mesmo procedimento do mandado de segurança individual, salvo no caso de concessão de liminares, pois no primeiro, a concessão da medida depende de prévia audiência da pessoa jurídica de direito público.

O procedimento do mandado de segurança, em razão de sua peculiaridade, não está sujeito às férias do judiciário, bem como tem prioridade em relação a todas as demais ações, exceto à hipótese de habeas corpus por expressa determinação constitucional.

Tal como qualquer outra ação, admite desistência, independentemente da concordância do impetrado.

CONCLUSÃO

O mandado de segurança existe há setenta e seis anos e a primeira legislação sobre o assunto surgiu em 1936, embora já tivesse sido previsto na Constituição da República de 1934. Depois surgiu a Lei n. 1533/51 e mais recentemente a Lei n. 12.016/09, buscando mais eficiência e rapidez no julgamento.

A nova lei do mandado de segurança veio em razão da necessidade de atualizar a legislação, fixando as hipóteses de cabimento, sua aceitação e rejeição, unificando as regras do mandado de segurança individual e coletivo em uma só legislação.

Sendo a regulamentação do mandado de segurança coletivo a grande novidade, haja vista que embora previsto na Constituição da República desde mil novecentos e oitenta e oito, somente com a nova lei foi, devidamente, regulamentado.

Outras inovações foram introduzidas no novo diploma, tais como : a possibilidade do juiz fixar caução como garantia, para concessão de medida liminar; reunificou legislações esparsas que tratavam da concessão de medidas liminares em sede de mandado de segurança; possibilidade de impetração de mandado de segurança via fax, meios eletrônicos, permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais; possibilidade de impetrar mandado de segurança contra partidos políticos, bem como o

recebimento por parte da pessoa jurídica de direito público, de cópia do mandado de segurança.

Desta feita, resta patente que a finalidade da nova lei foi a simplificação do procedimento do mandado de segurança, bem como a busca pela eficiência, modernização e compilação de todas as legislações que cuidavam da matéria em um só diploma.

Atualmente, questões que diziam respeito a: compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias oriundas do exterior, reclassificação e equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza, cuja proibição de concessão de medida liminar eram previstos em leis esparsas, hoje, encontram-se resumidas em um só texto; (súmula n. 212 do STJ : “ compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória “; art. 1º, Lei n. 2.770/56 : “ nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem a obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importe na entrega de mercadoria, bem ou coisa “ ; art. 5º, da Lei n. 4348/94 : “ não será concedida medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou concessão de aumento ou extensão de vantagens “; art. 1º, da Lei n. 5021/66 : “ não se concederá liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias “).

A partir da nova lei do mandado de segurança, essas questões vem previstas no art. 7º, parágrafo 2º, da Lei n. 12.016/09, simplificando bastante o procedimento ao compilar tudo em uma só lei.

Logo, percebe-se que a nova legislação atingiu a sua finalidade de atribuir eficiência e modernidade ao instituto do mandado de segurança.

REFERÊNCIAS

FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. Forense, 2003.

LOPES MEIRELLES, Hely. WALD, Arnold. FERREIRA MENDES, Gilmar. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32 ed. Malheiros, 2009.

SANTOS CARVALHO FILHO, José. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Lumen Juris, 2007.